This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

~~92. e. 6~~
NJ 12 A005 b 29

System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Fünfter Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.
1841.

Inhalt des fünften Bandes.

Zweytes Buch. Die Rechtsverhältniſſe.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte.

§. 204. Einleitung 1

§. 205. Klage 4

§. 206. Arten der Klagen. In personam, in rem 11

§. 207. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortſ.) 17

§. 208. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortſ.) 23

§. 209. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortſ.) 28

§. 210. Arten der Klagen. Pönalklagen 37

§. 211. Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortſetzung.).... 44

§. 212. Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortſetzung.).... 55

§. 213. Arten d. K. Civiles, honor. Ordinariae, extraord. 61

§. 214. Arten der Klagen. Beſtandtheile der formula..... 67

§. 215. Arten der K. Directae, utiles. Certa, incerta form. 70

§. 216. Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae 78

§. 217. Arten d. K. In jus, in factum conceptae. (Fortſ.) 91
§. 218. Arten der Klagen. Iudicia, arbitria. Stricti juris, bonae fidei 101
§. 219. Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei 107
§. 220. Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei. (Fortſ.) 114
§. 221. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones 119
§. 222. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſ.) 125
§. 223. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſ.) 130
§. 224. Arten der Klagen. Heutige Anwendung 136
§. 225. Vertheidigung d. Beklagten. Einleitung. Duplex actio. 150
§. 226. Exceptionen. Form. Geſchichte 160
§. 227. Exceptionen. Inhalt. Arten 169
§. 228. Exceptionen. Abweichende Anſichten 179
§. 229. Replicationen, Duplicationen u. ſ. w. 189
§. 230. Aufhebung des Klagrechts. Überſicht. I. Tod..... 196
§. 231. Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Einleitung. Terminologie 204
§. 232. Aufhebung. II. Concurrenz. Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz 214
§. 233. Aufhebung. II. Concurrenz. Zweyte Klaſſe. Partielle Concurrenz 222
§. 234. Aufhebung. II. Concurrenz. Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz 232

§. 235. Aufhebung. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen 252

§. 236. Aufhebung. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen. (Forts.) 259

§. 237. Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Einleitung 265

§. 238. Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Geschichte 273

§. 239. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata 280

§. 240. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Forts.) 289

§. 241. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Forts.) 299

§. 242. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Versäumniß 312

§. 243. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Versäumniß. (Forts.) 319

§. 244. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides 326

§. 245. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Forts.) 335

§. 246. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Forts.) 342

§. 247. Aufhebung. III. Verjähr. Bedingungen. d. Zeitablauf. 352

§. 248. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung..... 366
§. 249. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 374
§. 250. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 384
§. 251. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 397
§. 252. Aufhebung. III. Verjährung. Ausnahmen..... 408
§. 253. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen..... 413
§. 254. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Forts.)..... 419
§. 255. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Forts.)..... 429

Beylage XII. Quanti res est..... 441
Beylage XIII. Stricti juris, bonae fidei actiones..... 461
Beylage XIV. Die Condictionen..... 503

Nachtrag zu §218..... 643

Viertes Kapitel.

Verletzung der Rechte.

§. 204.

Einleitung.

Bisher wurden die Rechte an sich betrachtet, als die nothwendigen Bedingungen des Zusammenlebens freyer Wesen (§ 52). In dem durch die Rechtsregeln beherrschten Leben besteht die Rechtsordnung, welche mithin durch Freyheit hervorgebracht und erhalten wird. Indem wir aber das Wesen derselben in die Freyheit setzen, müssen wir zugleich die Möglichkeit einer freyen Gegenwirkung hinzu denken, also einer Rechtsverletzung, welche die Störung jener Rechtsordnung ist.

Aus dieser Möglichkeit der Rechtsverletzung entwickelt sich das Bedürfniß folgender Reihe neuer Rechtsinstitute, die wir mit einem gemeinschaftlichen Namen als Schutzanstalten für die Rechtsordnung bezeichnen können:

1) Die Gerichtsbarkeit, als Bestandtheil des Staatsrechts.

2) Die Strafe, als Inhalt des Criminalrechts.

3) Die auf die Herſtellung des geſtörten Rechtszuſtandes abzweckenden Formen, als Inhalt des Prozeßrechts.

Alle dieſe aus der Rückſicht auf die Verletzung hervorgehende Rechtsinſtitute liegen außer dem Kreiſe unſrer gegenwärtigen Betrachtung (a). Dagegen gehört zu denſelben eine andere Klaſſe von Rechtsinſtituten, die gleichfalls in der Rechtsverletzung ihre Entſtehung haben. Indem wir ein Recht in der beſonderen Beziehung auf die Verletzung deſſelben betrachten, erſcheint es uns in einer neuen Geſtalt, im Zuſtand der Vertheidigung. Theils die Verletzung, theils die zur Bekämpfung derſelben beſtimmten Anſtalten, äußern eine Rückwirkung auf den Inhalt und das Daſeyn des Rechts ſelbſt, und die Reihe von Veränderungen, die auf dieſe Weiſe in ihm entſteht, faſſe ich zuſammen unter dem Namen des Actionenrechts.

Die erwähnten Veränderungen werden bei jedem einzelnen Rechtsinſtitut auf eine ihm eigenthümliche Weiſe erſcheinen; ihnen allen aber muß etwas Gemeinſames zum Grunde liegen, ohne welches jene eigenthümliche Erſcheinungen nicht verſtanden werden können. Aus dieſer Betrachtung ergiebt ſich die natürliche Unterſcheidung eines

(a) Vgl. oben § 1. — Indem hier dieſe Abſonderung im Allgemeinen geltend gemacht wird, ſoll damit keinesweges das abſolute Daſeyn einer ſcharfen Gränze und die Nothwendigkeit ihrer ſtrengen Beobachtung behauptet werden. Der Prozeß insbeſondere, und das hier abzuhandelnde Actionenrecht, ſtehen in ſo enger Verbindung, daß es dem Urtheil eines jeden Bearbeiters der einen oder andern Disciplin überlaſſen bleiben muß, wie viel er von dieſem Gränzgebiet zur vollſtändigen Entwicklung ſeiner Gedanken in Beſitz zu nehmen nöthig findet.

allgemeinen und eines besonderen Actionenrechts. So zum Beyspiel ist die hypothecaria actio die besondere Gestalt, worin das Pfandrecht in Folge einer Verletzung erscheint, und es gehört dazu namentlich eine sehr eigenthümlich bestimmte Klagverjährung; es ist aber nicht möglich, diese besondere Lehre zu verstehen, wenn nicht die allgemeine Natur der Klage und der Klagverjährung zuvor erkannt worden ist. Das, was ich hier als das besondere Actionenrecht bezeichnet habe, kann nur stückweise, in Verbindung mit den einzelnen Rechtsinstituten worauf es sich jedesmal bezieht, zweckmäßig mitgetheilt werden; die Darstellung des allgemeinen Actionenrechts ist die Aufgabe des gegenwärtigen Kapitels.

Manche haben die Klagenrechte als eine selbstständige Klasse von Rechten, auf gleicher Linie stehend mit den Rechten der Familie, dem Eigenthum u. s. w., ansehen wollen, und es muß hier an den Widerspruch erinnert werden, der schon oben (§ 59) gegen diese Auffassung erhoben worden ist. Es gehören vielmehr diese Rechte nur zu dem Entwicklungsprozeß oder der Metamorphose, die in jedem selbstständigen Rechte eintreten kann, und sie stehen daher auf gleicher Linie mit der Entstehung und dem Untergang der Rechte, welche gleichfalls nur als einzelne Momente in dem Lebensprozeß der Rechte, nicht als Rechte für sich, aufgefaßt werden dürfen.

Die Veränderungen der Rechte, welche nunmehr dargestellt werden sollen, zerfallen in zwey Klassen.

Einige derſelben entſtehen aus der bloßen Thatſache der Verletzung ſelbſt; dahin gehört die Lehre von den Klagen, den Exceptionen, und den weiteren Entwicklungen der hierin enthaltenen Gegenſätze.

Andere entſtehen erſt durch die in den Rechtsſtreit eingreifenden, zur Abwendung der Verletzung beſtimmten Handlungen. Die Litisconteſtation und das Urtheil ſind die einflußreichſten unter dieſen Handlungen.

Die erſte Klaſſe macht den Inhalt des gegenwärtigen Bandes aus, die zweyte wird in dem folgenden Band behandelt werden.

§. 205.

Klage (a).

Die beſondere Geſtalt, welche jedes Recht in Folge einer Verletzung annimmt, zeigt ſich zunächſt in folgender Weiſe. Unſere Rechte überhaupt beziehen ſich theils auf alle uns gegenüber ſtehende Menſchen, theils auf beſtimmte

(a) Ich will hier gleich im Eingang einige Schriften über dieſen Gegenſtand namhaft machen, um ſie im Lauf dieſer Unterſuchung bequemer anführen zu können. Duroi spec. observ. de j. in re Heidelb. 1812. 8. Düroi Bemerkungen über actio in rem und a. in personam, Archiv B. 6. S. 252—310, 386—440 (1823). Gans über Römiſches Obligationenrecht Heidelberg 1819. 8. Haſſe (der jüngere) über das Weſen der actio, Rhein. Muſeum B. 5 S. 1—86. 154—205 (1833). Huschke progr. de actionum formulis quae in lege Rubria exstant. Vratislav. 1832. 4. — Es muß dabey bemerkt werden, daß bey Erſcheinung der erſten Schrift von Düroi, ſo wie der Schrift von Gans, Gajus noch nicht herausgegeben war, weshalb das Gute in dieſen Schriften verdienſtlicher, das Irrige ſchuldloſer iſt.

Individuen (§ 58), und dieſen letzten Character tragen am Entſchiedenſten die Obligationen an ſich. Die Verletzung unſrer Rechte aber iſt nur denkbar als Thätigkeit eines beſtimmten Verletzers, zu welchem wir dadurch in ein eigenes, neues Rechtsverhältniß treten; der Inhalt dieſes Verhältniſſes läßt ſich im Allgemeinen dahin beſtimmen, daß wir von dieſem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Dieſer Anſpruch gegen eine beſtimmte Perſon und auf eine beſtimmte Handlung hat demnach eine den Obligationen ähnliche Natur (§ 56); der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, ſtehen einander gegenüber wie ein Glaubiger und ein Schuldner. So lange jedoch dieſes neue Verhältniß in den Gränzen einer bloßen Möglichkeit bleibt, und noch nicht zu einer beſtimmten Thätigkeit des Verletzten geführt hat, können wir es nicht als eine wahre, vollendete Obligation anſehen; es iſt vielmehr erſt der Keim einer ſolchen, der jedoch auf dem Wege natürlicher Entwicklung in eine wahre Obligation übergeht.

Das hier beſchriebene, aus der Rechtsverletzung entſpringende Verhältniß heißt Klagrecht oder auch Klage, wenn man dieſen Ausdruck auf die bloße Befugniß des Verletzten bezieht; denn allerdings wird derſelbe auch gebraucht, um die in beſtimmter Form erſcheinende wirkliche Thätigkeit des Verletzten zu bezeichnen, in welchem Sinn der Ausdruck die Klaghandlung bezeichnet, alſo (unter Vorausſetzung des ſchriftlichen Prozeſſes) mit Klagſchrift oder Klaglibell gleichbedeutend iſt. Hier kann blos von der

Klage in jener erſten (materiellen) Bedeutung die Rede ſeyn, alſo von dem Klagrecht; die Klage in der zweyten (formellen) Bedeutung, oder die Klaghandlung, mit ihren Bedingungen und Formen, gehört in die Lehre vom Prozeß.

Von dieſem allgemeinen Standpunkt aus laſſen ſich zwey Bedingungen angeben, die bey jeder Klage vorausgeſetzt werden: ein Recht an ſich, und eine Verletzung deſſelben. Fehlt das erſte, ſo iſt eine Rechtsverletzung undenkbar; fehlt die zweyte, ſo kann das Recht nicht die beſondere Geſtalt einer Klage annehmen: es iſt nicht actio nata, nach dem von neueren Juriſten eingeführten, richtig bezeichnenden Ausdruck. Die Rechtsverletzung aber kann wiederum in verſchiedenen Geſtalten erſcheinen, welche in der Wirklichkeit oft in einander greifen oder auch unentſchieden bleiben mögen. Es kann nämlich bald das Daſeyn des Rechts oder der Verletzung von dem Gegner verneint, bald auch ein blos factiſcher Eingriff in das unbeſtrittene Recht eines Andern verſucht werden.

In dieſer ganzen Unterſuchung iſt eine genaue Feſtſtellung des Römiſchen Sprachgebrauchs unentbehrlich. Manche werden glauben, daß darauf hier zu großes Gewicht gelegt ſey; wer aber unbefangen erwägt, wie viel Unklarheit und Irrthum bey vielen Schriftſtellern lediglich aus der Verſäumniß dieſer Grundlage entſprungen iſt, der wird die hierauf verwendete Arbeit nicht fruchtlos finden.

In Beziehung auf die Klagen und ihre Bezeichnung müſſen wir im Römiſchen Recht drey Zeiträume unterſcheiden.

In der älteſten Zeit iſt allein von der Legis actio die Rede, und dieſer Ausdruck hat eine überwiegend formelle Bedeutung. Er bezeichnet die zur Abwehr der Verletzung anzuwendende Thätigkeit, welche theils in ſymboliſchen Handlungen, theils in beſtimmt vorgeſchriebenen wörtlichen Formeln beſtand.

Nachdem die Legis actiones (mit geringen Ausnahmen) abgeſchafft waren, wurden die formulae Grundlage der ganzen Rechtsverfolgung (b). Dieſer Zuſtand dauerte ſo lange als der ordo judiciorum privatorum, beſtand alſo namentlich zu der Zeit, worin die juriſtiſchen Schriftſteller lebten. Hier wurde vorzugsweiſe actio für die materielle Bedeutung der Klage, formula für die formelle gebraucht (c), jedoch ſo daß die Ausdrücke nicht immer ſtreng aus einander gehalten wurden.

Seit der Aufhebung des ordo judiciorum, das heißt

(b) Gajus IV. § 30 „ . . . per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut *per concepta verba, id est per formulas*, litigaremus." — Es würde ein groſſer Irrthum ſeyn, wenn man glauben wollte, zur Zeit der Legis actiones ſeyen keine feyerliche verba, alſo keine formulae, gebraucht worden; davon ſagt Gajus II. § 24. IV. § 16. 21. 24 gerade das Gegentheil. Der Unterſchied war der, daß man früher ſymboliſche Handlungen vermiſcht mit verba gebrauchte, ſpäter ſolche verba allein, und zwar in neuer, zeitgemäßer Abfaſſung; dieſe neuen, allein ſtehenden, verba werden nunmehr ausſchließend mit dem Namen formulae belegt, weil man keinen ſpecielleren Namen dafür hatte. Zugleich führt nun dieſer Ausdruck noch den Nebenbegriff einer vom Prätor an den Juder gerichteten, und zwar ſchriftlich von ihm abgefaßten, Anweiſung (*concepta verba*) mit ſich, wodurch er in einen noch ſchärferen Gegenſatz gegen die alten, in den Legis actiones enthaltenen, Formulare trat.

(c) Dieſes iſt der im vierten Buch des Gajus herrſchende Sprachgebrauch.

etwa von Conſtantin an, hat die formula mit ihren einzelnen Theilen keine Bedeutung mehr, während die actiones eben ſo wie früher vorkommen. In dieſem Sinn ſind die Auszüge aus den früheren juriſtiſchen Schriftſtellern gemacht worden, aus welchen Juſtinians Digeſten beſtehen (d), und dieſelbe Umarbeitung der Inſtitutionen des Gajus findet ſich in Juſtinians Inſtitutionen.

Was nun das Wort actio betrifft, ſo war der Sprachgebrauch ſchon bey den alten Juriſten ſchwankend. Nach Papinian heißt actio nur die Klage in personam, die in rem heißt petitio, beide zuſammen persecutio (e). Aus derſelben engeren Bedeutung iſt es zu erklären, daß die Klage aus dem Erbrecht *petitio* hereditatis (nicht actio) heißt. Ulpian dagegen unterſcheidet wörtlich eine ſpecielle und eine generelle Bedeutung des Ausdrucks; die ſpecielle iſt ihm dieſelbe wie bey Papinian, die generelle umfaßt auch die in rem: persecutio nennt er die extraordinaria cognitio, die ohne Judex durchgeführt wurde (f). In an-

(d) Wir haben alſo durchaus keinen Grund, die unzähligen Digeſtenſtellen, welche von actiones im Allgemeinen, oder von einzelnen actiones, reden, für interpolirt zu halten; dagegen ſind diejenigen Stellen der alten Juriſten, welche von der formula, intentio, condemnatio u. ſ. w. redeten, bis auf wenige Spuren, bey der Abfaſſung der Digeſten weggelaſſen worden.

(e) *L.* 28 *de O. et A.* (44. 7.).

(f) *L.* 178 § 2. 3 *de V. S.* (50. 16.) (der § 3 freylich rechnet auch die persecutio unter die actiones). Dieſe Stelle hängt durch die Inſcription zuſammen mit *L.* 2 *de hered. vel act. vend.* (18. 4.), worin die Frage abgehandelt wird, welche Rechte, und namentlich welche Klagen, der Verkäufer einer Erbſchaft auf den Käufer übertragen müſſe. Aus dieſer größeren Stelle wurden diejenigen Stücke ausgehoben, welche

deren Stellen nimmt er den Ausdruck bald in der engeren Bedeutung (g), bald in der weiteren (h). Paulus dehnt den Ausdruck auch auf die persecutio aus (i). Ganz unrichtig nun würde es seyn, diese Ausdehnung des Sprachgebrauchs erst nach Papinian annehmen zu wollen. Vielmehr zerlegt schon Gajus den Gattungsbegriff actio in zwey Arten, in personam und in rem actio (k), bey welcher Eintheilung offenbar schon der ausgedehntere Sprachgebrauch zum Grunde liegt. Hieraus ist es einleuchtend, daß der Sprachgebrauch lange Zeit hindurch geschwankt hat; jedoch darf dieses nicht durchaus als Erzeugniß bloßer Willkühr und gänzlicher Gleichgültigkeit gegen festen Sprachgebrauch angesehen werden. Könnten wir die angeführten Stellen in ihrem ursprünglichen Zusammenhang

als Worterklärungen dienen konnten, und in den Titel de verborum significatione gesetzt. Dem Inhalt nach hängen die angeführten §§ 2. und 3 zusammen mit L. 2 § 8 cit., so wie L. 178 § 1 cit. mit L. 2 § 1. 3. 9 cit. Auch in L. 2 § 3 cit. wird die persecutio von den actiones wörtlich unterschieden. — Übereinstimmend mit dem engeren Sprachgebrauch, welchen Ulpian in L. 178 § 2 cit. bezeichnet, ist eine andere Stelle desselben Juristen, *L.* 49 *eod.*

(g) *L.* 35 § 2 *L.* 39 *pr. de proc.* (3. 3.), worin er die actio entgegensetzt den Präjudicien, Interdicten, und prätorischen Stipulationen. Eben so *L.* 68 *de R. V.* (6, 1.), wo er die Interdicte den Actionen entgegensetzt.

(h) *L.* 37 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Hier sagt er, unter dem Namen actio seyen begriffen die in rem, in personam, directae, utiles, ferner die Präjudicien, Interdicte, und prätorischen Stipulationen. Eben so in *L.* 25 *pr. eod.* und in den weiter unten im § 206. c. angeführten Stellen, worin überall von in rem actiones die Rede ist.

(i) *L.* 34 *de V. S.* (50. 16.). — In *L.* 14 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2.) spricht er von in rem actiones.

(k) Gajus IV. § 1. vgl. IV. § 100. 106. 107.

leſen, ſo würde es daraus vielleicht klar werden, warum die Verfaſſer derſelben den Ausdruck bald enger, bald weiter gebraucht haben.

Die Definition der actio, die der Juriſt Celſus aufſtellt (l), und die mit geringer Abänderung in Juſtinians Inſtitutionen übergegangen iſt (m), beſtimmt den Ausdruck in der engeren Bedeutung, ſo daß er blos die perſönlichen Klagen bezeichnet. Es würde aber, nach den angeführten Gründen, unrichtig ſeyn, hieraus ſchließen zu wollen, daß zur Zeit des Celſus dieſer engere Sprachgebrauch ausſchließend angewendet worden wäre. Noch irriger jedoch wäre es, die Aufnahme dieſer Stelle in die Inſtitutionen ſo aufzufaſſen, als wollte dadurch Juſtinian die engere Bedeutung für die wahre und richtige erklären; dieſer Annahme würde ſchon die unmittelbar nachher folgende, mit Gajus übereinſtimmende, Eintheilung (in rem, in personam) widerſprechen. Man kann es nicht einmal einen Fehler nennen, daß dieſe Definition an die Spitze des Inſtitutionentitels geſetzt worden iſt, da die außerdem veränderte Bedeutung der darin vorkommenden Worte jedem

(l) *L* 51 *de O. et A.* (44. 7.) „Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi." Das deberi, im ſtrengen Sinn der alten Juriſten, bezeichnet die obligatio als Grund der Klage, und ſchließt alſo die Klage in rem aus. Judicio aber bezeichnet den Prozeß vor einem Juder, alſo den Gegenſatz der extraordinariae cognitiones.

(m) *pr. J. de act.* (4. 6.) „Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur." Die häufig vorkommende Variante *in* judicio können wir hier auf ſich beruhen laſſen, da ſie den Sinn gar nicht ändert.

an ſich möglichen Mißverſtändniß vorbeugt. Denn judicium heißt im Juſtinianiſchen Recht nicht mehr der Prozeß vor einem Judex, ſondern jedes Gericht und jeder Rechtsſtreit überhaupt; und auch der Ausdruck quod sibi debetur kann in dieſem Zuſammenhang füglich von Allem, was man zu erwarten und zu verlangen hat, verſtanden werden, ohne ausſchließende Beziehung auf eine Obligation als Grund des Verlangens.

Bisher iſt der verſchiedene Sprachgebrauch als bloße Thatſache nachgewieſen worden. Der Grund deſſelben liegt darin, daß lange Zeit überhaupt keine andere Klagen vorkamen, als in personam, in welcher Zeit auch der Name actio mit dieſen identiſch ſeyn mußte. Als ſpäterhin auch eigene Klagen in rem eingeführt wurden, gebrauchte man für dieſe zuerſt den unterſcheidenden Namen petitio, bis man es gerathener fand, den Ausdruck actio ſo auszudehnen, daß beiderley Klagen als Arten unter einen gemeinſchaftlichen Gattungsbegriff zuſammen gefaßt werden konnten. Dieſer hiſtoriſche Zuſammenhang kann erſt in Verbindung mit der nun folgenden Eintheilung der Klagen nachgewieſen werden.

§. 206.

Arten der Klagen. In personam, in rem.

Die Arten der Klagen, deren genaue Unterſcheidung allein im Stande iſt, der in dieſer Lehre häufig wahrzunehmenden Verworrenheit abzuhelfen, haben eine verſchie-

dene Natur, je nach den Eintheilungsgründen, worauf der Gegenſatz derſelben beruht. Einige beziehen ſich auf das innere Weſen der Klagen ſelbſt, das heißt auf ihre Verbindung mit den dadurch zu ſchützenden Rechten: dieſe ſind nicht nur für das Verſtändniß der Rechtsquellen, ſondern auch für die Einſicht in das heutige Rechtsſyſtem wichtig. Andere beziehen ſich auf die Römiſche Prozeßform, und haben deshalb eine mehr hiſtoriſche Natur; in dem heutigen Rechtsſyſtem haben ſie kein lebendiges Daſeyn, ohne ihre Kenntniß, ſind aber unſre Rechtsquellen nicht zu verſtehen, und es iſt aus dieſem Grunde räthlich, bei mehreren dieſer Eintheilungen auch die auf ſie bezüglichen Kunſtausdrücke fortwährend in Uebung zu erhalten (§ 224). Es darf jedoch dieſer Unterſchied nicht zu abſolut aufgefaßt werden, indem es in der erſten Klaſſe von Eintheilungen an hiſtoriſchen Beziehungen, in der zweiten an praktiſchen, nicht gänzlich fehlt, ſo daß der Unterſchied dieſer Klaſſen ſelbſt nur auf dem in jeder derſelben überwiegenden Element beruht.

Die wichtigſte Eintheilung der Klagen nach ihrem inneren Weſen iſt die: in personam, in rem actio. Dieſe Eintheilung wird in der ausführlichſten Stelle, die wir darüber beſitzen, in folgenden Worten vorgetragen (a).

(a) Dieſe Stelle iſt nicht aus den Inſtitutionen des Gajus genommen, wir kennen auch keine andere Stelle eines alten Juriſten, woraus ſie herſtammt. Dennoch würde es ganz irrig ſeyn, ihre Abfaſſung deshalb den Compilatoren zuzuſchreiben. Daß ſie in der That von einem alten Juriſten herrührt, iſt nach mehreren Ausdrücken un-

§ 1 *I. de actionibus.* (4. 6.)

Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

In dieſer merkwürdigen Stelle ſind folgende einzelne Sätze enthalten. Zuerſt wird die Eintheilung für eine allgemeine, alle Klagen umfaſſende (omnium actionum summa divisio) erklärt, ſo daß alſo keine Klage anzunehmen iſt, die nicht entweder der einen oder der andern Art zuzurechnen wäre. Ferner bezeichnen dieſe Ausdrücke gleichmäßig

verkennbar. Denn wie hätten Juſtinians Juriſten darauf kommen ſollen, in einer neu verfaßten Stelle zu ſagen: apud judices arbitrosve, oder die intentio: dare facere oportere, und suam rem esse zu erwähnen, in einer Zeit worin die Obrigkeit keine judices mehr ernannte und alſo auch keine formula mit einer intentio mehr vorkam. Daß ſolche Ausdrücke aus einem alten Juriſten mit abgeſchrieben wurden, erſchien hier den Compilatoren ſo wenig anſtößig, wie in unzähligen anderen Stellen.

generiſche, alſo unter einander gleichartige Begriffe, ſo daß nicht blos ſcheinbar, in Folge einer zufälligen, ungenauen Ausdrucksweiſe, ſondern in der That, von zwei Arten derſelben Gattung die Rede iſt. Endlich wird der Gegenſatz beider Arten dahin beſtimmt: in personam heißt die zum Schutz einer obligatio, in rem die zum Schutz irgend eines anderen, außer den Gränzen der obligationes liegenden, Rechts eingeführte Klage.

Mit dieſer Erklärung ſtimmt nun im Weſentlichen überein die, allerdings viel kürzere, Stelle des Gajus.

Gajus IV § 1. 2. 3. (Si quaeramus) quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. .... In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere ...

Auch hier wird die Eintheilung als eine allgemeine vorgetragen, weshalb noch beſonders im § 1 dagegen gewarnt wird, dieſe genera actionum nicht mit einzelnen species zu verwechſeln. Beide Ausdrücke bezeichnen auch hier wahrhaft generiſche Begriffe, eigentliche Eintheilungsglieder, womit noch mehrere andere Stellen des Gajus übereinſtimmen (b). Endlich wird die Gränze beider Arten völlig eben ſo, wie bei Juſtinian, beſtimmt.

(b) Gajus IV § 17. 100. 106. 107.

Ganz auf ähnliche Weise redet Ulpian.

L. 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.).

Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur.

Außerdem aber wird dieselbe Eintheilung der Klagen in vielen anderen Stellen des Ulpian und des Paulus als bekannt vorausgesetzt und auf vielfache Weise angewendet (c).

Man könnte glauben, diese Natur der vorgetragenen Eintheilung sei hier mit überflüssiger Sorgfalt zu beweisen gesucht worden, da dieselbe ohnehin nicht bezweifelt werde; es ist aber gerade deshalb geschehen, weil sie neuerlich mit großem Aufwand von Scharfsinn bestritten worden ist (d). Im geraden Widerspruch mit der gewöhnlichen, auch von mir vorgetragenen, Lehre ist nämlich folgende Ansicht aufgestellt worden. Ursprünglich sollen die Ausdrücke in rem, in personam actio zwei ganz heterogene Begriffe bezeichnet haben: in rem eine einzelne Klage (die Eigenthumsklage), die nur auf einige andere einzelne Fälle nach und nach ausgedehnt worden sey: in personam gleich Anfangs eine ganze Klasse von Klagen. Erst Justinian habe den Ausdrücken die Bedeutung von zwey homogenen Klassen der Klagen, Eintheilungsgliedern des allgemeinen Begriffs der Klage, untergelegt, und so sey die ganze Eintheilung eigentlich erst als sein Werk anzusehen.

(c) Ulpian: *L.* 68 *de R. V.* (6. 1.), *L.* 6 § 5 *de aqua pluv.* (39. 3), *L.* 37 *pr. de O. et A.* (44. 7), *L.* 36 *de V. S.* (50. 16.). — Paulus: *L.* 14 § 2 *de except. rei jud.* (44. 2.).

(d) Duroi Bemerkungen S. 407. 409. 412. 423.

— Dieſe Behauptung wird widerlegt durch den eben geführten Beweis, daß die entſcheidende Stelle der Inſtitutionen aus einem alten Juriſten herrührt (Note a), und daß Gajus, Ulpian und Paulus die Begriffe ganz auf dieſelbe Weiſe auffaſſen, wie es in Juſtinians Inſtitutionen geſchieht. Erſt weiter unten aber wird es möglich ſeyn, das wahre Element in dieſer irrigen Meynung nachzuweiſen, und dadurch den beygemiſchten Irrthum vollſtändiger zur Anſchauung zu bringen.

Als gleichbedeutender Ausdruck für in rem actio kommt vindicatio vor, bey Gajus, Ulpian, Juſtinian (e). Für in personam actio bey Ulpian und Juſtinian condictio (f), bey Ulpian personalis actio (g).

Beide Begriffe ſind nun noch genauer auf folgende Weiſe zu beſtimmen. Es kommt darauf an, ob vor dem vollſtändig eingeleiteten Rechtsſtreit (vor der Litiscontestation) eine eigentliche Obligation wahrgenommen wird oder nicht; im erſten Fall iſt die Klage in personam, im zweyten in rem. Das Daſeyn oder Nichtdaſeyn einer Obligation vor der Verletzung iſt alſo nicht das ſtreng unterſcheidende Moment. So iſt zwar bey den Contracts-

(e) Gajus IV § 5, *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), § 15 *J. de act.* (4. 6.).

(f) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), § 15 *J. de act.* (4. 6.). Daß Gajus condictio mit in personam actio nicht gleichbedeutend nimmt, ſondern jenem Ausdruck eine weit engere Bedeutung beylegt, kann erſt weiter unten gezeigt werden. Vgl. Beylage XIV. Num. XXV.

(g) *L.* 3 § 3 *ad exhib.* (10. 4), *L.* 6 § 5 *de aqua pluv.* (39. 3), *L.* 178 § 2 *de V. S.* (50. 16.) — Realis dagegen kommt nirgend vor, weder bey Juriſten, noch bey anderen alten Schriftſtellern.

klagen eine Obligation nicht nur vor der Litiscontestation, sondern selbst vor der Verletzung, vorhanden, dagegen bey den Delictsklagen vor der Verletzung noch nicht, weil hier die Verletzung mit der Entstehung der Obligation zusammenfällt: und doch sind diese beide Arten von Klagen personales. Bey dem Eigenthum dagegen erzeugt die bloße Verletzung an sich schon ein obligationähnliches Verhältniß, aber keine wahre, eigentliche Obligation (§ 205), welche vielmehr erst durch die Litiscontestation entsteht: daher ist die Eigenthumsklage in rem.

§. 207.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortsetzung.)

Um aber die umfassende Natur jener Eintheilung gegen jeden Widerspruch sicher zu stellen, ist es nöthig, dieselbe auf die einzelnen Klassen von Rechten anzuwenden, indem die Klagen selbst bereits als Modificationen der ihnen zum Grund liegenden Rechte dargestellt worden sind.

Bey den Klagen in personam macht diese Anwendung am Wenigsten Schwierigkeit. Niemand zweifelt, daß darunter alle Klagen zum Schutz der Obligationen, und nur diese, zu verstehen sind.

Demnach müssen die Klagen in rem, wenn überhaupt die Eintheilung erschöpfend seyn soll, angewendet werden zum Schutz der Verhältnisse des Sachenrechts, Erbrechts, Familienrechts (a).

(a) Ich sage: des Familienrechts. Die Römer sprechen von

Die Anwendung auf das Sacheurecht, alſo auf Eigenthum und jura in re, erregt kein Bedenken; gerade von ſolchen Fällen ſind in den oben angeführten Stellen der Inſtitutionen und des Gajus die Beyſpiele der in rem actiones hergenommen. Dieſe Klagen werden auch als *speciales* in rem actiones bezeichnet.

Auch die Anwendung auf die Erbrechtsklage läßt keinem Zweifel Raum, da dieſelbe ausdrücklich als in rem actio bezeichnet wird (b).

Dagegen wird den Klagen aus dem Familienrecht die Eigenſchaft von in rem actiones ſtreitig gemacht, und wenn ſie ihnen wirklich nicht zukäme, ſo würden wir genöthigt ſeyn, die ganze Eintheilung für eine nicht völlig erſchöpfende zu halten.

Zwar nach der herrſchenden Meynung ſind auch die

quaestio de statu, und verſtehen darunter zwey mögliche Arten eines Rechtsſtreits: 1) über den ſtaatsrechtlichen Status, Freyheit und Ingenuität 2) über den privatrechtlichen, das heißt die Familie. Da wir aber im heutigen Recht jenen erſten nicht kennen, ſo iſt für uns, das heißt in dem Theil des R. R. den wir noch übrig haben, die status quaestio mit dem Streit über Familienverhältniſſe völlig identiſch, welches ich zur Rechtfertigung der in dieſem §. angewendeten Terminologie bemerke. Vgl. Band 2. Beyl. VI. Num. VI. und IX.

(b) *L.* 27 § 3 *de R. V.* (6. 1) „ .. in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est“ ... *L.* 25 § 18 *de her. pet.* (5. 3) „Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit“ ... *L.* 49 *eod.* — Der einzige Zweifel könnte hergenommen werden aus der beſchränkten Natur des Beklagten. Davon wird noch weiter die Rede ſeyn. — Übrigens bezieht ſich dieſes nur auf die Klage aus dem Erbrecht ſelbſt; die daraus entſpringenden ſecundären Rechtsverhältniſſe, wie Legate u. ſ. w., laſſen ſich ſtets auf dingliche Rechte und Obligationen zurück führen, und werden durch die Klagen dieſer Rechtsverhältniſſe geſchützt. — Vgl. auch Beylage XIII. Num. IX.

Klagen aus Familienverhältniſſen in rem, und dieſe Meynung wurde früherhin durch folgende Stelle als völlig begründet angeſehen.

§. 13. *J. de act.* (4. 6.)

Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.

Praejudicialis actio, ſagte man, heißt, nach dem Zeugniß dieſer Stelle ſelbſt, jede Klage über den Status, wohin unter andern auch alle Klagen aus dem Familienrecht gehören. Dieſe alle nun ſind, wie dieſelbe Stelle ausdrücklich ſagt, in rem. — Was dagegen früher eingewendet wurde, daß nicht geſagt werde sunt, ſondern esse videntur, daß es alſo nur ſo ſcheine, daß den Präjudicialklagen nur einige Ähnlichkeit mit in rem actiones hier zugeſchrieben werde (c) — dieſe Einwendung war ohne Grund, da der Ausdruck videtur regelmäßig nicht blos auf Schein oder Ähnlichkeit, ſondern auf poſitive Wirklichkeit geht (d). — Wichtiger iſt allerdings der Umſtand, daß die urſprüngliche Bedeutung von praejudicium gar nicht auf den Gegenſtand der Klage, ſondern auf ihre prozeſſualiſche Faſſung zu beziehen iſt: es war eine formula mit bloßer intentio, ohne condemnatio, oft alſo eine blos proviſoriſche Maaßregel, um vorläufig das Daſeyn eines Rechtsverhältniſſes feſtzuſtellen, von welchem man

(c) Duroi observ. p. 21.
(d) Vgl. die Stellen bei Dirksen manuale latinitatis p. 1000.

in einem ſpäteren Rechtsſtreit Gebrauch machen wollte (e). Dieſe Prozeßform wurde nun allerdings in allen Prozeſſen über den Status angewendet, aber auch in manchen anderen Prozeſſen, und namentlich in ſolchen, deren Gegenſtand Obligationen waren (f). Aus dieſer Entdeckung hat man nun neuerlich ſchließen wollen, die angeführte Stelle der Inſtitutionen ſey eine Erfindung der Juriſten Juſtinians, und dem Römiſchen Recht eigentlich fremd (g); beide Stücke dieſer Behauptung aber können nicht zugegeben werden. Zuvörderſt nämlich iſt es im Sinn des Juſtinianiſchen Rechts völlig richtig zu ſagen, Präjudicialklagen ſind Klagen aus dem Status, da von den übrigen Präjudicialklagen des älteren Rechts (quanta dos sit, an praedictum sit u. ſ. w.) keine einzige mehr vorkommt (h); wenigſtens im Sinn des Juſtinianiſchen Rechts alſo wäre die gewöhnliche Erklärung jener Stelle der In-

(e) Dieſes ſagt ſchon Theophilus in § 13 J. de act., allein es war eine unfruchtbare Notiz, ſolange wir die Beſtandtheile der formula und deren Zuſammenhang nicht kannten. Bey Gajus IV. § 44. 48 findet ſich nun nicht nur eine vollgültigere Beſtätigung, ſondern es iſt vorzüglich die Bedeutung jener Eigenthümlichkeit mancher Klagen erſt klar geworden.

(f) Gajus III. § 123. IV. § 44. Paulus V. 9. § 1. *L.* 30 *de reb. auct. jud.* (42. 5.). — Nicht dahin gehört Gajus IV. § 94, denn dieſe sponsio hatte allerdings eine condemnatio, die aber nur eine bloße Formalität war „nec tamen haec summa sponsionis *exigitur*." Es war alſo kein praejudicium, kam aber im Zweck und Erfolg mit einem ſolchen überein, und daher nennt es Gajus eine sponsio praejudicialis.

(g) Düroi Bemerkungen S. 406—410, beſonders S. 409.

(h) Daß einmal in den Digeſten ein ſolcher Fall genannt wird, (Note f), muß als eine blos antiquariſche Notiz betrachtet werden; denn Niemand wird behaupten, daß in unſrem Recht ein ſolcher Fall anders als jeder gewöhnliche Rechtsſtreit behandelt werden dürfe.

ſtitutionen richtig, und zugleich die Stelle ſelbſt tadellos: ſie enthielte nicht eine Entſtellung des älteren Rechts, ſondern eine angemeſſene Reduction deſſelben auf den im Allgemeinen veränderten Rechtszuſtand. Ich gehe aber noch weiter, und behaupte, daß ſelbſt im Sinn des älteren Rechts alle Präjudicien ohne Unterſchied in rem genannt werden konnten. In dieſer Allgemeinheit läßt ſich der Satz erſt weiter unten beweiſen (§. 209); allein in der beſonderen Anwendung auf die den Status betreffenden Präjudicien, auf welche allein es hier ankommt, fehlt es nicht an unmittelbaren Zeugniſſen, die ſchon hier meine Behauptung außer Zweifel ſetzen. Der Streit über Freyheit wurde durch *vindicatio* in libertatem oder in servitutem geführt. Auf dem bloßen Schein einer ſolchen in libertatem vindicatio beruhte die ganze Freylaſſung per vindictam (i). Eben ſo konnte die legitima tutela über Frauen durch in jure cessio übertragen werden (k); da nun die in jure cessio überhaupt eine ſymboliſche Vindication war (l), ſo iſt dadurch die Vindicationsform auch für jene Art der Tutel erwieſen. Ja ſelbſt der Rechtsſtreit über das Daſeyn einer väterlichen Gewalt konnte in der feyerlichen Form einer vindicatio ex jure quiritium geführt werden (m). Und eben ſo beruhte die feyerliche

(i) Livius XLI. 9.

(k) Gajus I. § 168. Ulpian. XI. § 6—8. XIX. § 11.

(l) Gajus II. § 24. Ulpian. XIX. § 9. 10.

(m) *L.* 1 § 2 *de R. V.* (6. 1.). Ich verſtehe die ſchwierige Stelle ſo, daß bey dem Streit über Paternität das praejudicium, welches nach meiner Anſicht ſtets in rem war, in verſchiedenen Formen gebraucht werden konnte, ähnlich

Form der Adoption unter andern auf einer in jure cessio, wobey der Adoptivvater die väterliche Gewalt als ſchon vorhanden durch Vindication in Anſpruch nahm (n).

Sind nun, wie hier dargethan worden iſt, in rem alle Klagen aus dem Sachenrecht, Erbrecht, Familienrecht, ſo iſt der früher ſehr verbreitete Sprachgebrauch zu verwerfen, welcher jene Benennung auf die Klagen aus dem Sachenrecht beſchränkt, durch welche Beſchränkung wiederum die ganze Eintheilung aufhören würde, eine allgemeine, alle Klagen umfaſſende, zu ſeyn. Jener irrige Sprachgebrauch wurde begünſtigt durch eine täuſchende Übereinſtimmung von Kunſtausdrücken, die man aber freylich theilweiſe erſt ſelbſt geſchaffen hatte, unbekümmert um den aus den Rechtsquellen zu erweiſenden Sprachgebrauch.

den verſchiedenen Formen der Eigenthumsklage (Gajus IV. § 91—95.). Wählte man die feyerlichere Form einer vindicatio ex jure quiritium, ſo erhielt dann die Klage eine wörtliche Gleichheit mit der Eigenthumsklage, und darauf geht der Ausdruck: „per hanc autem actionem liberae personae ... non petuntur ... *nisi forte* .. adjecta causa quis vindicet.“ Dieſe feyerlichere Form wurde vielleicht angewendet, wenn man es vorzog, vor den Centumvirn zu klagen. Doch wäre es auch möglich, daß die hier erwähnte vindicatio des Sohnes nicht von der feyerlicheren Form des ernſtlichen Rechtsſtreits, ſondern vielmehr von der ſymboliſchen Anwendung deſſelben bey der Adoption (Note n) verſtanden werden ſollte. Uebrigens iſt es wahrſcheinlich, daß dieſe Stelle hauptſächlich durch Interpolationen und Weglaſſungen ſo ſchwierig iſt; aber die vindicatio ex lege quiritium iſt gewiß nicht von den Compilatoren erfunden, wiewohl ſie lege anſtatt jure geſetzt haben mögen, ſo wie vorher jure Romano anſtatt jure quiritium, vielleicht nur in der Abſicht, um das Andenken an die proſcribirte Formel ex jure quiritium überall auszutilgen.

(n) Gajus I. § 134 „is qui adoptat vindicat apud Praetorem filium suum esse.“

Man nannte nämlich das Sachenrecht (als Theil der Rechtswissenschaft) jus in rem, und belegte zugleich jedes einzelne dingliche Recht mit demselben Namen. Eben so nannte man das Obligationenrecht im Ganzen, desgleichen jede einzelne Forderung, jus in personam. Indem man nun diese erfundenen Kunstausdrücke mit den quellenmäßigen willkührlich in Verbindung setzte, lag es allerdings sehr nahe, den ganzen Zusammenhang so zu fassen: dem jus in rem entspricht die actio in rem, dem jus in personam die actio in personam. Es zeigt sich also auch hier die mit der willkührlichen Wortbildung verknüpfte Gefahr recht augenscheinlich (o).

§. 208.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortsetzung.)

Mit der hier erklärten Eintheilung der Klagen, so wie mit der Bezeichnung derselben, steht in der Regel auch noch der Umstand in Verbindung, daß die persönliche Klage nur gegen einen bestimmten und bekannten Gegner, die Klage in rem gegen einen unbestimmten, unbekannten gerichtet ist. (§ 56. f.). Der Sinn dieser Unterscheidung aber

(o) Vgl. Band 1. S. XLIII. der Vorrede. — Aus den hier angegebenen Gründen ist es denn auch räthlich, den von Manchen gebrauchten Ausdruck dingliche Klage (für in rem actio) zu vermeiden, da er sehr natürlich dahin führt, einer so bezeichneten Klage denselben beschränkten Umfang wie den dinglichen Rechten (Eigenthum und jura in re) anzuweisen. Der Ausdruck persönliche Klage ist tadellos, da er dem Römischen Namen personalis actio vollkommen entspricht, und in der Sache keinem Misverständniß Raum giebt.

geht dahin, daß bey der erſten Klaſſe von Klagen ſchon vor der Verletzung die Perſon des allein möglichen Verletzers und Beklagten, nämlich des Schuldners, beſtimmt und bekannt iſt, anſtatt daß bey den Klagen in rem urſprünglich jeder Menſch der Verletzung, die eine ſolche Klage veranlaſſen kann, fähig iſt, ſo daß dieſe Unbeſtimmtheit in der Perſon des Beklagten erſt durch die wirklich eingetretene Verletzung aufgehoben wird. Auch in anderen Anwendungen, als bey den Klagen, werden die Ausdrücke in personam und in rem gebraucht, um die Richtung eines Rechtsgeſchäfts oder einer Rede auf eine beſtimmte Perſon auszudrücken oder zu verneinen (a).

Allein das Zuſammentreffen dieſes Gegenſatzes mit dem der beiden Arten von Klagen iſt keinesweges allgemein, und es darf davon nur mit Vorſicht Anwendung gemacht werden. So giebt es auf der einen Seite mehrere perſönliche Klagen, die dennoch gegen einen unbeſtimmten Gegner, namentlich gegen jeden Beſitzer einer Sache, ge-

(a) Pactum in rem. *L.* 7 § 8 *L.* 57 § 1 *de pactis* (2. 14.). — Nunciatio in rem fit. *L.* 10 *de O. n. n.* (39. 1.). — Praetor in rem loquitur, edictum in rem scriptum est. *L.* 9 § 1 *quod metus* (4. 2), *L.* 5 § 3 *quibus ex causis* (42. 4.). Der Ausdruck in rem bezeichnet alſo das Unperſönliche. — So kann man auch von einer *intentio* in rem oder in personam concepta ſprechen, je nachdem darin die Perſon des Gegners ausgedrückt iſt oder nicht; man muß dann ſagen, jede in rem actio habe eine in rem concepta intentio, aber eine in personam actio könne nach Umſtänden bald in personam, bald in rem concepta intentio haben. Jedoch gilt Dieſes nur von den prätoriſchen Klagen. *L.* 1 § 3 *de interd.* (43. 1), *L.* 5 § 13 *quod vi* (43. 24.). Bey den Civilklagen war die Natur der Klage ſtets aus der Faſſung der Formel unmittelbar zu erkennen. Vgl. unten § 216. w.

richtet werden können, ganz wie es in der Regel nur bey den in rem actiones der Fall iſt. Dahin gehört die aus einem erzwungenen Rechtsgeſchäft entſpringende Forderung des Gezwungenen auf Herſtellung ſeines früheren Zuſtandes; ſowohl die Klage, als die Exception zu dieſem Zweck wirkt gegen jeden Beſitzer, und es wird zuweilen dieſe Eigenthümlichkeit durch den Ausdruck actio und exceptio *in rem scripta* bezeichnet (b), welches der oben erwähnten Ausdrucksweiſe ganz entſpricht (Note a); dennoch iſt die Klage ſelbſt durchaus in personam (c). — Eine gleiche Natur hat die actio ad exhibendum, anwendbar gegen Jeden, der zufällig in der Lage iſt, die Sache exhibiren zu können, obgleich auch ſie ausdrücklich als perſönliche Klage bezeichnet wird (d). — Eben ſo iſt die actio aquae pluviae perſönlich, und geht dennoch (mit einiger Beſchränkung) gegen jeden Beſitzer; auf dieſelbe Weiſe auch das Interdict quod vi (e). — Die Noxalklagen entſpringen aus Delicten, alſo aus Obligationen, und können dennoch gegen Jeden angeſtellt werden, der irgend einmal das

(b) *L.* 9 § 8 *quod metus* (4. 2), *L.* 4 § 33 *de doli exc.* (44. 2.). Es iſt nicht richtig, den Ausdruck in rem scripta actio als eigentlichen, durchgehenden Kunſtausdruck zu betrachten. Vgl. Düroi Bemerkungen S. 410–412.

(c) Wenn es der Beſchädigte bedarf, ſo kann er durch prätoriſche Reſtitution auch das verlorne Eigenthum unmittelbar wieder erhalten, alſo eine wahre in rem actio; dieſe wird aber von der außerdem geltenden actio quod metus genau unterſchieden, wodurch eben die perſönliche Natur dieſer lezten ganz außer Zweifel geſezt wird. *L.* 9 § 4. 6 *quod metus* (4. 2), *L.* 3 *C. eod.* (2. 20.).

(d) *L.* 3 § 3. 15 *ad exhib.* (10. 4.).

(e) *L.* 6 § 5 *L.* 12 *de aqua pluv.* (39 3.) — *L.* 5 § 13 *L.* 7 *pr.* § 1 *quod vi* (43. 24.).

Eigenthum des Sklaven erwirbt, nach der Regel: noxa caput sequitur (f). Eben ſo auch die Klage aus den von Thieren zugefügten Beſchädigungen (g). — Das Interdict quod legatorum iſt perſönlich, wie alle Interdicte, und geht dennoch gegen jeden Beſitzer der Sache, die der Legatar eigenmächtig in Beſitz genommen hat (h). — Auch die Klage auf Steuerreſte geht gegen jeden ſpäteren Beſitzer des ſteuerpflichtigen Grundſtücks (i).

Auf der andern Seite aber giebt es auch einige in rem actiones, die nur gegen beſtimmte, einzelne Perſonen angeſtellt werden können. Dahin gehört vor Allem die hereditatis petitio, die nicht ſo, wie die Eigenthumsklage, gegen jeden Beſitzer, ſondern nur gegen Denjenigen angeſtellt werden kann, der entweder pro herede oder pro possessore beſitzt (k). — Wenn ein inſolventer Schuldner ſeine Gläubiger durch unredliche Veräußerungen in Nachtheil bringt, ſo geht gegen den Erwerber der ſo veräußerten Sachen die Pauliana actio nur dann, wenn er entweder an jener Unredlichkeit Antheil genommen, oder durch Schenkung erworben hat (l). Dieſe Klage iſt perſönlich (m), ſie kann aber nach Bedürfniß, eben ſo wie die aus dem Zwang entſpringende Klage (Note c), durch

(f) § 5 *J. de noxal. act.* (4. 8.).
(g) *L.* 1 § 12 *si quadr.* (9. 1.).
(h) *L.* 1 § 13 *quod leg.* (43. 3), verglichen mit *L.* 1 § 3 *de interd.* (43. 1.).
(i) *L.* 7 *pr. de publicanis* (39. 4.).
(k) *L.* 9. 10. 11 *de her. pet.* (5. 3.).
(l) *L.* 6 § 8. 11 *L.* 10 *pr.* § 2 *quae in fraud.* (42. 8.).
(m) *L.* 38 *pr.* § 4 *de usuris* (22. 1.).

Restitution zu einer in rem actio erhoben werden (n). Da sie jedoch auch in diesem Fall nur gegen die erwähnten bestimmten Personen angestellt werden kann, so ist auch darin eine auf einen individuellen Beklagten eingeschränkte Klage in rem enthalten (o). — Die Ehefrau hat auf Rückforderung der Dos, nach Justinians Vorschrift, eine Vindication, welche jedoch, der richtigeren Meynung nach, nur gegen den Mann selbst, nicht gegen einen dritten Erwerber angestellt werden kann (p).

Es ist indessen nicht zu verkennen, daß sowohl die Beziehung der persönlichen Klagen auf unbestimmte, als die

(n) *L.* 10 § 22 *quae in fraud.* (42. 8.). Hieraus ist zu erklären der § 6 *J. de act.* (4. 6), durch dessen zu allgemeinen Ausdruck man verleitet werden könnte, die Pauliana in allen Fällen für eine Klage in rem zu halten, und wohl gar die Beschränkung in der Person des Beklagten zu negiren, im Widerspruch mit den in den Noten l und m angeführten Stellen. Die Einschränkung der Stelle auf den besonderen Fall einer Restitution wird außerdem gerechtfertigt theils durch die Worte rescissa traditione, theils durch den Rückblick auf den unmittelbar vorhergehenden § 5, der gleichfalls eine auf Restitution gegründete in rem actio erwähnt, und dabey auch den Ausdruck rescissa usucapione gebraucht. Vgl. Vinnius ad § 6 cit., ibique Heineccius. Das Interesse des Klägers bey der in rem actio, in Vergleichung mit der in personam, kann darin bestehen, daß der Erwerber, der durch seinen Dolus oder durch den Schenkungstitel der Pauliana unterworfen ist, selbst wieder in Concurs gerathen seyn kann, in welchem Fall vielleicht die persönliche Klage gegen ihn fruchtlos seyn würde.

(o) Man könnte eine Klage solcher Art: in rem actio in personam scripta nennen, was ich jedoch nicht sage, um diesen nicht quellenmäßigen, auch ganz entbehrlichen, Ausdruck zu empfehlen, sondern nur um den Zusammenhang dieser Art von Klagen mit der vorher erwähnten Art (der personalis in rem scripta) anschaulicher zu machen.

(p) *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12) „Si tamen exstant." Die genauere Ausführung dieses Satzes gehört an einen anderen Ort.

Beſchränkung der Klagen in rem auf beſtimmte Gegner, nur als Ausnahmen zu betrachten ſind. Wo alſo bey einzelnen Klagen der Grund einer ſolchen Ausnahme nicht beſonders nachgewieſen werden kann, da bleibt es bey der Regel, nach welcher die Klagen gegen beſtimmte oder unbeſtimmte Gegner angeſtellt werden können, je nachdem ſie in personam oder in rem ſind.

§. 209.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortſetzung.)

Die umfaſſende Eintheilung der Klagen, in personam und in rem, iſt bis jetzt nicht nur für das Juſtinianiſche Recht nachgewieſen, ſondern auch bis auf die Zeit des Gajus zurückgeführt worden. Es iſt aber nöthig, in eine noch frühere Zeit hinauf zu gehen, und die allmälige Entwicklung dieſer Begriffe darzulegen, um die irrige Auffaſſung dieſes Gegenſtandes, die in einzelnen Anwendungen ſchon oben erwähnt worden iſt (§ 207), vollſtändig zu beſeitigen.

Während der Herrſchaft der alten Legis actiones war der Unterſchied jener beiden Arten der Klagen völlig anerkannt und durch beſondere Prozeßformen ausgedrückt. Jede in rem actio wurde nämlich mit einem ſymboliſchen Verfahren, den manus consertae, eröffnet, auf welches dann die Ernennung eines Juder und das Verfahren vor demſelben folgte. Die in personam actio fieng gleich mit der Ernennung des Juder an, und beſtand alſo aus dem-

jenigen Verfahren allein, welches bey der in rem actio die zweyte Hälfte des Ganzen bildete (a). Man kann daher sagen, daß damals die Klagen mit und ohne manus consertae genau dasselbe waren, was späterhin in rem und in personam actiones genannt wurde.

Diese Prozeßform erhielt sich in den Centumviralsachen bis in die Zeit der ausgebildeten Rechtswissenschaft; für alle übrige Prozesse wurde sie durch einige Volksschlüsse aufgehoben, so daß nun der Prozeß per formulas an ihre Stelle trat (§ 205. b.). Es scheint, daß in diesem zuerst gar keine Klagen in rem vorkamen, indem man jedem Streit, der dazu hätte führen müssen, durch erzwungene Sponsionen den Character einer Contractsklage beylegte. Das praktische Bedürfniß scheint aber zuerst bey dem Eigenthum darauf geführt zu haben, daß man dem Kläger die Wahl ließ, ob er diesen umständlicheren Sponsionenprozeß führen, oder in einfacherer Weise gleich unmittelbar auf die Anerkennung des Eigenthums klagen wollte. Dieses geschah durch die petitoria formula (die in Justinians Rechtsbüchern gewöhnlich rei vindicatio heißt) mit der intentio: rem suam esse, mit oder ohne ex jure quiritium. Diesen Zustand der Sache stellt uns sehr deutlich

(a) Gajus IV. § 16. 17. In den verstümmelten vorhergehenden Sätzen hatte er von der Behandlung der in personam actio gesprochen, dann fährt er hier so fort: „Si *in rem* agebatur, mobilia quidem et moventia .. in jure vindicabantur ad hunc modum (nun folgt die Beschreibung der manus consertae) .. deinde sequebantur quaecunque (si) *in personam* ageretur" ...

Gajus dar (b), er war aber entſchieden ſchon zur Zeit des Cicero vorhanden, welcher ein Beyſpiel dieſer petitoria formula, ganz mit Gajus übereinſtimmend, anführt (c). Dadurch war eine einzelne in rem actio in den Formularprozeß eingeführt, ſo daß man damals ſagen konnte, in rem actio ſey der individuelle Name der Eigenthumsklage, in personam actio die generiſche Bezeichnung aller übrigen Klagen überhaupt. Der in dieſer Zeit ſo gebildete Sprachgebrauch hat ſich, wie es zu geſchehen pflegt, theilweiſe noch in ſpäterer Zeit erhalten, ſo daß nicht ſelten in rem actio als individueller Name von ſolchen Schriftſtellern gebraucht wird (d), die außerdem den Ausdruck als Be-

(b) Gajus IV. § 91—95. Es gab zweyerley Eigenthumsklagen per formulas, und außerdem noch die Sacramenti legis actio vor den Centumvirn.

(c) Cicero in Verrem II. 12 „*L. Octavius judex esto: Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur:* non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?" Offenbar wählt hier Cicero eine hergebrachte, allgemein anerkannte Klagformel, und was er daran als ſchreyende Ungerechtigkeit hervorhebt, beſteht nur darin, daß nach dieſer Faſſung die Reſtitution des Grundſtücks an eine andere Perſon, als den vorher bezeichneten Eigenthümer geſchehen müßte.

(d) So geſchieht es von Gajus (IV. 51. 91. 86. 87), Ulpian (*L.* 1 § 1 *de R. V.* 6. 1), Paulus (*L.* 23 *pr. eod.*). Eben ſo in vielen Stellen des tit. Dig. de R. V. (6. 1.). — Dagegen darf nicht hieraus erklärt werden *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7) „In rem actio est per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus." Denn da dieſe Worte unmittelbar hinter der Eintheilung der actiones in duo genera ſtehen (ſ. o. § 206), ſo iſt offenbar jener Satz nicht Definition der in rem actio, ſondern nur erläuterndes Beyſpiel für den aufgeſtellten generiſchen Begriff. Auch würde ja ſonſt in dieſen Worten Ulpian ſelbſt der confessoria den Character einer in rem actio abſprechen.

zeichnung einer ganzen Klaſſe von Klagen, gegenüberſtehend der Klaſſe der in personam actiones, kennen und gebrauchen (§ 206). Daſſelbe Bedürfniß aber führte dahin, die petitoria formula auch auf Rechte außer dem Eigenthum anzuwenden, bey welchen man ſich bis dahin mit den umſtändlicheren Sponſionen behelfen mochte, und dadurch zuerſt wurde der Ausdruck in rem actio zu einer generiſchen Bezeichnung, gleichartig dem Ausdruck in personam actio; erſt ſeit dieſer Zeit konnte man ſagen, wie es Gajus ausdrücklich thut: duo *genera* esse actionum, in rem et in personam (§ 206). So iſt die Klage, die wir confessoria nennen, in der That Nichts als die petitoria formula für die Servituten, ſo wie unſere hereditatis petitio die petitoria formula für das Erbrecht. Für dieſe lezte können wir zufällig nachweiſen, daß ſie ſpäter als die bey dem Eigenthum anerkannt worden iſt, denn Cicero, der die petitoria formula für das Eigenthum wohl kennt (Note c), ſagt bey dem Erbrecht ausdrücklich, es gebe dafür nur zwey Klagformen, vor den Centumvirn, und durch Sponſion (e). — Dieſe Ausdehnung der neuen Klagform geſchah nicht plözlich, ſondern allmälig und ſchrittweiſe, bald

(e) Cicero in Verrem I. 45 „Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod cum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret.“ Hier ſind alſo von den drey Klagformen, die Gajus für das Eigenthum aufſtellt (Note b), nur zwey für das ſtreitige Erbrecht als möglich angegeben, da doch bey dem Eigenthum derſelbe Cicero (Note c) auch die dritte, die petitoria formula, als gültig vorausſezt.

für dieſe bald für jene einzelne Klage. Als Vermittlung diente dabey der unbehülfliche, an ſich ganz entbehrliche, Ausdruck res incorporalis (f); denn indem man die Servituten und Erbſchaften als ſolche res incorporales bezeichnete, fand man kein Bedenken, darauf dieſelbe vindicatio anzuwenden, die bey der res corporalis bereits anerkannt war: die Ausdrücke in der Formel konnten dieſelben bleiben, da die Servituten und das Erbrecht eben ſowohl dem alten, ſtrengen Civilrecht angehörten, als das Eigenthum (g). In anderen Fällen wurde die Vermittlung durch eine utilis actio, das heißt durch die in der Formel ſelbſt ausgedrückte Fiction des Eigenthums, bewirkt (h). Als aber die Klagen ſolcher Art, in Folge anerkannter praktiſcher Bedürfniſſe, immer zahlreicher und mannichfaltiger wurden, gab man zuletzt dieſen mühſamen und umſtändlichen Verſuch, die individuelle Eigenthumsklage auf andere individuelle Fälle durch Mittelbegriffe anzuwenden, auf, und ſo entſtand unvermerkt der generiſche Begriff der in rem actiones, dem alten gleichfalls ge-

(f) Ich ſage nicht, daß dieſer Ausdruck zu dem erwähnten Zweck erfunden worden iſt; das kann ſchon deswegen nicht angenommen werden, weil dieſer Ausdruck auch die Obligationen umfaßt, alſo über die Anwendung auf die Vindication unkörperlicher Sachen weit hinaus reicht. — Die Kritik des Begriffs der unkörperlichen Sachen gehört übrigens nicht hierher, wird aber im vierten Buch angeſtellt werden.

(g) Bey dem Eigenthum hieß die intentio: rem suam esse (Gajus IV. § 92), zum Beyſpiel fundum Servilii esse (Note c); hier hieß es: jus nostrum esse (Gajus IV. § 3), oder hereditatem nostram esse.

(h) So z. B. die Formel der Publicianiſchen Klage. Gajus IV. § 36.

nerischen Begriff der in personam actiones völlig coordinirt. Nicht nur können wir aus Mangel an Nachrichten die Geschichte dieser Entwicklung der Begriffe nicht genau verfolgen, sondern es ist auch zuverlässig niemals eine sichtbare Veränderung mit scharfer Zeitgränze eingetreten, vielmehr wird die ältere Weise der Auffassung und des Ausdrucks neben der neueren noch geraume Zeit fortgedauert haben. Da aber die ältere, verwickeltere Auffassung mit der wörtlichen Fassung der formulae zusammenhieng, so mußte die Abschäffung des Formularprozesses dazu beytragen, Dasjenige zu vertilgen, was davon damals etwa noch in lebendiger Uebung erhalten seyn mochte.

Wir finden die neuere Art der Auffassung und des Ausdrucks am vollständigsten ausgebildet in der oben mitgetheilten Stelle der Institutionen Justinians (§ 206); diese aber kann unverändert aus einem alten Juristen (vielleicht aus den res quotidianae des Gajus) genommen seyn, wenigstens haben wir durchaus keinen Grund, diese Annahme zu verneinen. Selbst aber wenn sie in ihrer gegenwärtigen Fassung von Justinians Juristen herrührte, würde es ganz einseitig seyn, ihren Inhalt in Vergleichung mit älteren Stellen herab zu setzen: eben so einseitig aber wenn derjenige welcher ihren Inhalt vorzüglicher fände, deshalb (im Widerspruch mit aller Analogie) die Einsicht ihres Urhebers höher stellen wollte, als die Einsicht Ulpians und seiner Zeitgenossen. Denn es stehen hier nicht etwa individuelle Einsichten und Meynungen einander gegenüber,

und wenn wir in der That einem Ausſpruch aus Juſtinians Zeit den Vorzug geben müßten, ſo wäre dieſer Fortſchritt nicht aus einer höheren geiſtigen Bildung des Verfaſſers zu erklären, ſondern nur aus der dieſen Rechtsverhältniſſen ſelbſt inwohnenden fortbildenden Kraft, deren natürliches Erzeugniß in jenem neueren Ausſpruch nur ſeinen einfachen, unverkünſtelten Ausdruck gefunden hätte.

Ich habe dieſe ausführliche Erörterung nöthig gefunden mit Rückſicht auf die abweichende Anſicht eines neueren Schriftſtellers, welche durch den darauf verwendeten Scharfſinn, und durch einen Schein kritiſcher Herſtellung der reinen Römiſchen Begriffe leicht täuſchen könnte (i). Derſelbe nimmt gleiche hiſtoriſche Grundlagen an, wie die hier aufgeſtellten; den Zuſtand des Uebergangs der Prozeßformen, und der Nothhülfe für praktiſche Bedürfniſſe in einzelnen Fällen, fixirt er als höchſte, unabänderliche Vollendung des Römiſchen Klagenrechts; den einfachſten und befriedigendſten Ausdruck, den wir in Juſtinians Inſtitutionen finden, behandelt er als eine willkührliche Corruption des wahren Römiſchen Rechts, welche wir eigentlich zu ignoriren hätten. Selbſt als blos hiſtoriſche Darſtellung des Klagenrechts müßte ich dieſe Anſicht für einſeitig und unwahr erklären; völlig verwerflich aber iſt der praktiſche Gebrauch, der davon gemacht wird. Die zur Zeit der alten Juriſten verſuchten individuellen Ausdehnungen der

(i) Duroi observ. p. 32—35 p. 49—62. Duroi Bemerkungen, beſonders S. 253. 261. 280. 412. fg.

Eigenthumsklage werden hier auf beſtimmte Klaſſen zurückgeführt, und deren ſehr zufällige hiſtoriſche Eigenthümlichkeit wird hier mit einer ſo unzerſtörbaren Lebenskraft verſehen, daß ſelbſt germaniſche Rechtsinſtitute nach dieſem Typus behandelt werden ſollen. So ſoll das Princip der Römiſchen Vindication unkörperlicher Sachen auf die germaniſchen Reallaſten, das Princip der utilis vindicatio auf die Lehen und Bauergüter angewendet werden) k). Es iſt mir kein Beyſpiel eines ähnlichen Misbrauchs rechtsgeſchichtlicher Unterſuchungen bey der Beurtheilung heutiger Lebensverhältniſſe bekannt.

Zum Schluß dieſer Lehre ſind nun noch die denkbaren Übergänge der einen der beiden Klagarten in die andere zu erwähnen. Bei den meiſten Klagen in rem kommen, neben dem Hauptgegenſtand des Rechtsſtreits, auch noch Nebenpunkte zur Sprache, welche auf Obligationen beruhen; ſo z. B. Erſatz für verzehrte Früchte, für Be-

(k) Düroi Bemerkungen S. 292—295. 386 fg. 418. — Nicht blos in Anwendung auf die dem R. R. fremden Inſtitute zeigt ſich jene Grundanſicht verwerflich, ſondern auch in Anwendung auf die Inſtitute des R. R. ſelbſt. Weil nämlich die confessoria als vindicatio der res incorporalis aufgefaßt wird, ſo wird behauptet, dieſe Klage ſey nicht etwa ein Schutzmittel für die in der Servitut enthaltenen Befugniſſe gegen jeden Verletzer, ſondern es werde nur das Eigenthum des Rechts gegen den Beſitzer dieſes Rechts, den Eigenthümer, vindicirt. (Bemerkungen S. 278. 281. 290—292). Dieſe Behandlung jener Klage würde aber nicht nur für das praktiſche Bedürfniß ſehr ungenügend ſeyn, ſondern ſie widerſpricht auch geradezu vielen Stellen des Römiſchen Rechts. Vgl. *L.* 60 § 1 *de usufr.* (7. 1.), *L.* 1 *pr.* *L.* 5 *pr.* *si usufr.* (7. 6.), *L.* 10 § 1 *si serv.* (8. 5.).

ſchädigungen an der vindicirten Sache. Da dieſe jedoch nur eine untergeordnete und abhängige Natur haben, wiewohl ſie durch den äußeren Erfolg ſehr wichtig ſeyn können, ſo iſt eine ſolche Klage darum nicht weniger in rem. Dagegen finden ſich drei Klagen (die Theilungsklagen), welche zwar auch auf Obligationen beruhen, und daher mit Recht personales heißen (l), aber von anderen perſönlichen Klagen dadurch weſentlich verſchieden ſind, daß in ihnen zugleich über das ſtreitige Eigenthum entſchieden werden kann. Dieſes geſchieht bey den eigentlichen Theilungsklagen (familiae herciscundae und communi dividundo) dadurch, daß über das ſtreitige Miteigenthum des Klägers, wenn er im Beſitz deſſelben iſt, in der auf Theilung gerichteten Klage zugleich mit entſchieden wird (m); bei der actio finium regundorum dadurch, daß der Kläger den Theil des Grundſtücks, welchen er in Folge der Gränzverwirrung bisher entbehrte, durch dieſe Klage eben ſo, wie durch eine Vindication, wieder erlangen kann (n). Daher wird von dieſen Klagen geſagt: mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam (o). — Es erklärt ſich alſo dieſer Ausdruck aus den materiellen

(l) *L.* 1 *fin. reg.* (10. 1.) „Finium regundorum actio *in personam est*, licet pro vindicatione rei est." *L.* 1 § 1 *C. de ann. except.* (7. 40.)]

(m) *L.* 1 § 1 *fam. herc.* (10. 2.)

(n) „pro vindicatione rei est" ſ. o. Note l.

(o) § 20 *J. de act.* (4. 6.). Ich habe hier den Grund angegeben, der den Ausdruck rechtfertigen kann. Ob übrigens dieſer Ausdruck ſchon von alten Juriſten, von vielen oder wenigen, gebraucht worden iſt, läßt ſich freylich nicht entſcheiden.

Rechtsverhältniſſen, und aus den Beſtimmungen des Juſtinianiſchen Rechts. Im älteren Recht hatte derſelbe Ausdruck noch einen anderen, mehr formellen Grund, welcher erſt unten (§ 216) klar gemacht werden kann. Auch die hereditatis petitio, die gewiß in rem iſt, (§ 207. b) heißt einmal mixta personalis actio (p), und es ſcheint dieſes nicht blos auf eine perſönliche Beymiſchung in ihren Wirkungen zu gehen, welche ihr ohnehin nicht ausſchließend zuzuſchreiben iſt, ſondern auch darauf, daß bei ihr die Perſon des Beklagten mehr als bey anderen in rem actiones beſchränkt iſt (q).

§. 210.

Arten der Klagen. Pönalklagen.

Auch die nun folgende Eintheilung bezieht ſich auf das innere Weſen der Klagen, auf ihren Gegenſtand, Zweck, Erfolg; ſie erſcheint ſogar zunächſt nur als eine Untereintheilung der perſönlichen Klagen (a), obgleich ſie in einer ihrer Modificationen über die Gränze derſelben hinaus reicht: dagegen bezieht ſie ſich ganz ausſchließend auf die das Vermögen betreffenden Klagen.

(p) *L.* 7 *C. de pet. her.* (3. 31.)

(q) Vgl. § 207. b, 208. k, und Beylage XIII. Num. IX.

(a) § 17 *J. de act.* (4. 6.) „Rei persequendae causa comparatae sunt *omnes in rem actiones*. Earum vero actionum, *quae in personam sunt*, hae quidem" rel. (Nun folgt die Eintheilung). — Der Hauptſache nach könnte man dieſe Lehre als eine Eintheilung der Obligationen behandeln, und aus dem Actionenrecht ganz verweiſen; ſie greift jedoch auf ſo mannichfaltige Weiſe in die Behandlung der Klagen ein, daß ihre Kenntniß ſchon an dieſer Stelle nicht zu entbehren iſt.

Dieſe nämlich ſind, nach ihrem reinen, einfachen Begriff dazu beſtimmt, den Vermögenszuſtand eines Jeden zu erhalten, oder, wenn er geſtört iſt, wiederherzuſtellen; ſie ſollen alſo einen ungerechten Schaden des Einen, einen ungerechten Gewinn des Andern, verhindern. So die rei vindicatio und die Darlehnsklage; wenn beide ihren Zweck erreichen, ſo iſt jeder Theil ſo reich, als er zuvor war; es wird blos eine Veränderung des Vermögensſtandes abgewehrt, oder der faktiſche Zuſtand mit dem Rechtszuſtand in Einklang gebracht.

Eine künſtliche, ganz poſitive Anſtalt verknüpft mit manchen Verletzungen noch eine andere Folge. Der Verletzer ſoll unfreywillig ärmer, der Verletzte um eben ſo viel reicher werden. Es wird alſo durch ſie eine Veränderung des Vermögens, in Folge der Verletzung bewirkt, und der Gegenſtand dieſer Veränderung heißt poena.

Wo nun eine ſolche poena eintritt, iſt es ein zufälliger, untergeordneter Umſtand, ob beide hier angegebene Zwecke (Erhaltung und Veränderung zur Strafe) durch eine und dieſelbe Klage verfolgt werden, oder durch zwei getrennte Klagen (b). Von einer Klage auf bloße Erhaltung des Vermögens heißt es: rem persequitur, rei persequendae causa datur; von einer Klage auf bloße Strafe: poenam persequitur, poenae persequendae causa datur,

(b) So geht die condictio furtiva auf bloße Rückgabe der geſtohlenen Sache oder ihres Werthes, alſo auf Erhaltung des Vermögens, die furti actio auf bloße Strafe; dagegen geht die actio vi bonorum raptorum auf Sache und Strafe zugleich.

poenalis est; von einer Klage, welche beide Zwecke umfaßt: mixta est, obgleich auch dieſe oft blos poenalis heißt (c). Eine beſondere Rückſicht auf dieſe letzte Art iſt nicht nöthig, da ſie eigentlich aus zwey verſchiedenen Klagen zuſammengeſetzt iſt, ſo daß ihre Beſtandtheile in den meiſten Fällen auch in der Anwendung leicht getrennt werden können.

In den zwey hier dargeſtellten Arten der Klagen erſcheint Das, was mit beiden ſtreitenden Theilen vorgeht, ganz gleichartig; der Vermögenszuſtand wird für Beide durch die Pönalklagen verändert, durch die anderen Klagen erhalten. Dieſes an ſich einfache Verhältniß erhält aber dadurch einige Verwicklung, daß es eine zahlreiche und wichtige Klaſſe von Klagen giebt, die zwiſchen den beiden eben dargeſtellten Arten in der Mitte liegt. Ihre Eigenthümlichkeit beſteht darin, daß die Wirkung auf die Parteyen ungleichartig iſt; für den Kläger wird der Vermögenszuſtand nur erhalten, für den Beklagten wird er möglicherweiſe verändert, ſo daß der Gegenſtand der Klage für den Kläger Entſchädigung, für den Beklagten

(c) Die allgemeinſten Stellen hierüber ſind: Gajus IV. § 6—9, § 16—19 *J. de act.* (4. 6.); die genauere Erörterung des Sprachgebrauchs aber wird ſogleich nachfolgen. — Neuere Schriftſteller nennen häufig die eine Art der Klagen: rei *persecutoriae*, allein dieſes Adjectivum kommt weder hier noch anderwärts jemals vor. Als Subſtantivum, und in einer durchaus verſchiedenen Bedeutung, erſcheint einmal das Wort im Juſtinianiſchen Codex (*L. un. C. J. de auri publ.* 10. 72.); aber auch dabey iſt die Leſeart ſehr zweifelhaft, da der Theodoſiſche Codex prosecutoria lieſt. (*L. un.* C. *Th. eod.* 12. 8.)

aber Strafe iſt. Als Beyſpiel dieſer Mittelklaſſe kann die doli actio dienen. Der Kläger erhält dadurch nie mehr als den Erſatz des durch des Gegners Betrug entſtandenen Schadens; der Beklagte aber muß dieſen Erſatz leiſten, auch wenn er nicht aus Gewinnſucht, ſondern blos aus Bosheit betrogen hat, in welchem Fall alſo die Klage auf ihn wie eine Strafe wirkt, indem ſie ihn poſitiv ärmer macht, nicht blos eine ungerechte Bereicherung verhütet (d).

Dieſes gemiſchte Verhältniß ſetzt alſo, wo es rein und vollſtändig erſcheinen ſoll, immer voraus, daß ein Stück Vermögen vernichtet worden iſt; um dieſes Stück iſt der Verletzte ärmer, der Verletzer nicht reicher geworden.

Wenn übrigens das Weſen dieſer Mittelklaſſe darin geſetzt wird, daß die Klage auf den Beklagten als Strafe wirke, indem ſie ihn poſitiv ärmer mache, ſo iſt dabei blos die äußerſte Möglichkeit dieſes Falles berückſichtigt. Um bey dem gewählten Beyſpiel ſtehen zu bleiben, ſo kann allerdings der Betrüger durch den Betrug auch gewonnen haben, vielleicht eben ſo viel, als der Betrogene verlor, in welchem Fall er nicht eigentlich Strafe leidet, ſondern nur ungerechten Gewinn herausgiebt. Allein die

(d) *L.* 39. 40. *de dolo* (4. 3.). — Die hier bemerkte Varietät der Strafklagen findet ſich nicht überall gehörig anerkannt. Richtig unterſcheidet ſie unter andern Vinnius in § 1 *J. de perpet.* (4. 12.) Num. 4. 5. Sie findet ſich ferner anerkannt, mit Sorgfalt behandelt, aber anders, als hier geſchehen, ausgebildet und ausgedrückt, in Kierulffs Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. 1. S. 220—230.

juriſtiſche Natur der Klage wird durch die bloße Möglichkeit, daß ſie den Beklagten als reine Strafe treffe, beſtimmt, und der zufällig verſchiedene Erfolg einzelner Fälle wird bei der Bezeichnung derſelben nicht beachtet. Auch der Gegenſtand dieſer Klagen kann alſo ein gemiſchter oder zuſammengeſetzter ſeyn, ſo wie es bey den zweyſeitigen Strafklagen, da wo dieſe den Namen mixtae actiones führen, bemerkt worden iſt; allein die Miſchung hat in dieſen beiderley Fällen eine verſchiedene Natur und nicht übereinſtimmende Gränzen.

Um mich in kurzen Worten deutlich machen zu können, will ich folgende Ausdrücke gebrauchen:

Zweyſeitige Strafklagen, die auf beide Theile verändernd einwirken, wie furti actio.

Einſeitige Strafklagen, die nur für den Beklagten die Strafnatur haben, und zwar nur möglicherweiſe, wie doli actio.

Erhaltende Klagen, die von keiner Seite den Umfang des Vermögens ändern, wie die Klage aus Eigenthum oder Darlehen (e).

Der Römiſche Sprachgebrauch iſt hierin ſehr ſchwankend, und bedarf deshalb einer mehr als gewöhnlich ſorgfältigen Feſtſtellung.

(e) Wo gerade ein beſonderes Bedürfniß eintritt, die einſeitigen Strafklagen durch einen gemeinſamen Ausdruck mit den erhaltenden Klagen zu bezeichnen, da möchte der Ausdruck: Entſchädigungsklagen (im Gegenſatz der reinen Strafklagen) zu empfehlen ſeyn. So wird dieſer Ausdruck unten im §. 234 gebraucht.

1) Für die zweyseitigen Strafklagen kommen folgende Bezeichnungen vor.

Poenales actiones.

§ 9 *J. de L. Aquil.* (4. 3.)

§ 1 *J. de perpet.* (4. 12.)

L. 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.) (Ulpian.)

L. 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.) (Ulpian.)

L. 1 *pr. de priv. del.* (47. 1.) (Ulpian.)

L. 111 § 1 *de R. J.* (50. 17.) (Gajus.)

Poenam persequuntur, poenae persequendae causa comparatae, ad poenam respiciunt.

Gajus IV § 6—9.

§ 16—19 *J. de act.* (4. 6.)

L. 50 *pro soc.* (17. 2.) (Paul.)

Im Gegensatz derselben heißt es nun von allen übrigen Klagen, also die einseitigen Strafklagen mit eingeschlossen:

Rem persequuntur, rei persequendae causa comparatae, ad rei persecutionem respiciunt, rei persecutionem continent.

Gajus IV § 6—9.

§ 16—19 *J. de act.* (4. 6.) und zwar hier noch mit dem Ausdruck mixtae für die zusammengesetzten.

L. 50. *pro soc.* (17. 2.) (Paul.)

L. 21. § 5 *de act. rer. amot.* (25. 2.) (Paul.)

Die einseitigen Strafklagen insbesondere haben, vom Standpunkt dieses Sprachgebrauchs aus, folgende Benennungen:

Factum puniunt.

L. 9 § 1 *quod falso* (27. 6.) (Ulpian.)

Ex delicto dantur, pertinent ad rei persecutionem.

L. 7 *de alien. jud.* (4. 7.) (Gajus.)

Poenae nomine concipiuntur, rei continent persecutionem.

L. 9 § 8 *L.* 11 *de reb. auct. jud.* (42. 5.) (Ulpian.)

Non est poenalis, sed rei persecutionem continet.

L. 4 § 6 *de alien. jud.* (4. 7.) (Ulpian.)

In allen dieſen Stellen alſo beziehen ſich die unterſcheidenden Benennungen auf den Umſtand, daß durch die Klage der Kläger bald bereichert, bald blos entſchädigt wird.

2) Dann aber giebt es auch andere Stellen, worin dieſelben Ausdrücke gebraucht werden, um die verſchiedene Wirkung der Klage auf das Vermögen des Beklagten zu unterſcheiden, je nachdem nämlich der Beklagte entweder Etwas unbedingt zu leiſten hat, ſelbſt wenn er dadurch poſitiv ärmer wird, oder aber nur dasjenige herausgeben ſoll, was außerdem eine ungerechte Bereicherung für ihn ſeyn würde (quod ad eum pervenit, quatenus locupletior est, ut lucrum extorqueatur).

In Anwendung dieſes, von dem vorigen verſchiedenen, Sprachgebrauchs heißt nun eine einſeitige Strafklage (welcher anderwärts dieſer Name verſagt wurde) poenalis.

L. 1 § 5. 8 *ne vis fiat* (43. 4.) (Ulpian.)

Und ganz conſequent wird nun im Gegenſatz der Aus-

druck: rei persecutionem continent ausſchließend von den erhaltenden Klagen gebraucht, ſo daß ſelbſt die einſeitigen Strafklagen (namentlich die doli actio) von dieſer Benennung ausgeſchloſſen werden.

L. 35 *pr. de O. et A.* (44. 7.) (Paul.)

L. 3 pr. § 1 *de vi* (43. 16.) (Ulpian.)

L. 3 § 1 (*L.* 1 § 4 *L.* 10) *si quid in fraud.* (38. 5.) (Ulpian.)

L. 7 § 2 *de cond. furtiva* (13. 1.) (Ulpian.)

Die Ausdrücke ſind alſo mit Vorſicht zu Beweiſen über die Natur einer Klage zu gebrauchen, da ſogar derſelbe Ulpian den Namen poenalis actio einer einſeitigen Strafklage bald beylegt, bald abſpricht, und da daſſelbe Schwanken auch bey dem Ausdruck: rei persecutionem continere wahrgenommen wird.

§. 211.

Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortſetzung.)

Die eigenthümliche Natur der Strafklagen läßt ſich auf folgende Sätze zurückführen:

A) Wenn ein Sklave die Handlung begieng, ſo konnte die Klage gegen den Herrn als noxalis actio angeſtellt werden; dieſe Regel galt für beide Arten der Strafklagen auf gleiche Weiſe (a).

(a) Faſt alle Stellen von Noxalklagen beziehen ſich auf zweyſeitige Strafklagen, die meiſten auf die furti actio. Daraus würde ſchon folgen, daß die einſeitigen, als die minder bedenklichen, um ſo mehr als Noxalklagen angeſtellt werden könnten; es werden aber auch aus-

B) Wenn Mehrere gemeinſchaftlich ein Delict begehen, ſo werden die zwey Arten der Strafklagen auf verſchiedene Weiſe behandelt. Die zweyſeitigen gehen gegen jeden Theilnehmer auf die volle Strafe, ſo daß für Ein Delict die Strafe ſo vielmal bezahlt wird, als die Zahl der Theilnehmer beträgt (b). Die einſeitigen Strafklagen können zwar auch gegen jeden Theilnehmer, nach freyer Auswahl, angeſtellt werden; hat aber Einer derſelben das, was für ihn Strafe iſt (oder doch ſeyn kann) entrichtet,

drücklich ſolche Klagen als Noxalklagen angeführt. *L.* 9 § 4 *de dolo* (4. 3.). *L.* 9. § 1 *quod falso* (27. 6.) Außerdem ſagt *L.* 1 § 2 *de priv. del.* (47. 1.) „in ceteris quoque actionibus, *quae ex delictis oriuntur* . . placet, ut noxa caput sequatur." Dieſer Ausdruck aber umfaßt unzweifelhaft beide Arten der Strafklagen. Überhaupt kann man ſagen, daß bey Handlungen eines Sklaven, die ihrer Natur nach obligatoriſch ſind, die a. de peculio mit der a. noxalis in einem alternativen Verhältniß ſteht; iſt die Handlung ein Rechtsgeſchäft, ſo gilt ausſchließend die a. de peculio, iſt ſie ein Delict, ſo gilt ausſchließend a. noxalis. *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.)

(b) *L.* 51 *in f. ad L. Aquil.* (9. 2.) *L.* 55 § 1 *de admin.* (26. 7.) „Nam in aliis furibus" rel. *L.* 5 § 3 *si quis eum* (2. 7.) *L.* 1 *C. de cond. furt.* (4. 8.) „Praeses provinciae sciens furti quidem actione *singulos quosque in solidum* teneri, condictionis vero numorum furtim subtractorum *electionem esse*, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, *ceteros liberari*, jure proferre sententiam curabit." Ständen hier blos die Worte in solidum, ſo könnten dieſe, nach der ſonſt gewöhnlichen Bedeutung, auch bey der Strafe auf ein Wahlrecht bezogen werden; allein der Zuſatz singulos quosque, noch mehr aber der ſehr deutlich beſchriebene Gegenſatz der condictio furtiva, ſetzt die wahre Meynung außer Zweifel. Bey der Injurie verſteht ſich dieſelbe Behandlung noch mehr von ſelbſt, da eigentlich die Handlung eines Jeden eine ſelbſtſtändige Injurie enthält. *L.* 34 *de injur.* (47. 10.). Von Klagen dieſer Art iſt auch zu verſtehen *L.* 5 *pr. de nox. act.* (9. 4.) „nec altero convento alter liberabitur." — Vgl. auch unten § 234.

ſo werden die Übrigen dadurch frey (c). Dieſes iſt die nothwendige Folge davon, daß der Kläger nur Entſchädigung zu fordern hat, mit deren Begriff eine Vervielfältigung im Widerſpruch ſtehen würde.

C) Auch bey dem Übergang der Strafklagen auf die Erben des Verletzers gelten für beide Arten derſelben verſchiedene Regeln.

Zweyſeitige Strafklagen gehen gar nicht auf die Erben über, das heißt der Verletzte kann niemals den Gewinn, der ihm unter dem Namen einer Strafe dargeboten iſt, von dem Erben des Verletzers einklagen (d). Jedoch ſind dabey zwey nähere Beſtimmungen zu bemerken. — Iſt die Klage mixta, ſo wird der Theil der Klage, welcher nicht auf den Gewinn, ſondern auf die bloße Entſchädigung des Klägers gerichtet iſt, von dem Erben eingefordert, ſoweit dieſer reicher aus dem Delict iſt (e), weil dieſes als allgemeine Regel für alle aus Delicten entſpringende Obli-

(c) *L.* 1 § 4 *de eo per quem factum* (2. 10.), *L.* 14 § 15 *L.* 15 *quod metus* (4. 2.), *L.* 1 § 10 *L.* 3. 4 *de his qui effud.* (9. 3.), *L.* 17 *pr. de dolo* (4. 3.). Vgl. unten § 232, und Ribbentrop von Correalobligationen § 14. 15.

(d) Gajus IV. § 112. § 1 *J. de perpet.* (4. 12), *L.* 1 *pr. de priv. del.* (47. 1), *L.* 5 § 4 *si quis eum* (2. 7), *L.* 111 § 1 *de R. J.* (50. 17), *L.* 22 *de op. novi nunc.* (39 1), *L.* 5 § 5. 13 *de effusis* (9. 3), *L.* 8 *de popul. act.* (47. 23.).

(e) *L.* 4 § 2 *de incendio* (47. 9.). — Nicht ganz ſcheint zu der aufgeſtellten Regel zu paſſen *L.* 5 *pr. de column.* (3. 6), indem dieſe Klage, die in der Regel eine Strafe verfolgt, dennoch gegen den Erben gehen ſoll. Allein in der That kann man der actio in simplum, von welcher allein hier die Rede iſt, dieſen reinen Strafcharacter nicht beylegen, indem ſie ja auch durch die angeſtellte Condiction ausgeſchloſſen wird. *L.* 5 § 1 *eod.*

gationen gilt (f). — Ist die Klage gegen den Verletzer selbst angestellt, dieser aber nach der Litiscontestation gestorben, so geht die Klage mit allen ihren Folgen gegen den Erben fort, weil nunmehr die Klage einen contractlichen Character angenommen hat (g).

Für die einseitigen Strafklagen gilt dasselbe, was so eben für den auf Entschädigung gerichteten Theil der mixtae actiones bemerkt worden ist. Der Erbe muß dieselben gegen sich anstellen lassen, insoweit er reicher aus der Handlung seines Erblassers ist (h). — Durch die Litiscon-

(f) *L.* 38 *de R. J.* (50. 17), *L.* 5 *pr. de calumn.* (3. 6.). — Derselbe Satz gilt auch für Criminalverbrechen. *L.* 20 *de accus.* (48. 2), *L.* 12 *de L. Corn. de falsis* (48. 10.). — Indessen ist dieser Satz doch eine bloße Nothhülfe, damit in keinem Fall irgend ein Gewinn in des Verletzers Vermögen zurück bleibe. Wenn aber dieser Zweck auch schon durch eine andere, concurrirende, Klage, gegen die Erben erreicht werden kann, so bleibt es bei der reinen Regel, daß Pönalklagen gar nicht gegen die Erben gehen sollen. Hieraus sind zu erklären *L.* 2 § 27 *vi bon. rapt.* (47. 8), *L.* 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.).

(g) § 1 *J. de perpet.* (4. 12), *L. un. C. ex delictis* (4. 17), *L.* 26 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 139 *pr. de R. J.* (50. 17.). — Nach *L.* 33 *de O. et A.* (44. 7) könnte man glauben, nicht erst die Litiscontestation, sondern schon die Anstellung der Klage, übertrage dieselbe unbedingt auf die Erben. Allein diese Stelle ist von solchen Fällen zu verstehen, worin der Verstorbene die Litiscontestation durch Zögerung verhindert hat, wie in *L.* 10 § 2 *si quis caut.* (2. 11.). Vgl. Glück B. 6 S. 196.

(h) *L.* 35 *pr. de O. et A.* (44. 7), *L.* 44 *de R. J.* (50. 17), *L.* 1 § 6 *de eo per quem factum* (2. 10), *L.* 16 § 2 *L.* 19 *quod metus* (4. 2), *L.* 17 § 1 *L.* 26 *de dolo* (4. 3), *L.* 9 § 8 *L.* 10 *de reb. auct. jud.* (42. 5), *L.* 1 § 48 *L.* 2 *L.* 3 *pr. de vi* (43. 16), *L. un. C. ex delictis* (4. 17.). — Gegen diese, von den Meisten anerkannte, Regel hat sich neuerlich theilweise erklärt Franke Beiträge S. 28—41. Er will bey den bloßen Entschädigungsklagen (die ich einseitige Strafklagen nenne) den beschränkten Übergang auf die Erben des Beklagten nur gelten lassen, insofern diese

teſtation wird hier, wie in dem vorhergehenden Fall, ſeine Obligation eine unbeſchränkte (Note g.).

Unterſucht man die Wichtigkeit und den inneren Werth dieſer eigenthümlichen Beſtimmungen, ſo iſt es ſogleich einleuchtend, daß die Noxalklagen für uns völlig verſchwunden ſind; die Behandlung mehrerer gemeinſchaftlich Handelnden, an ſich nicht von großer Erheblichkeit, enthält nichts Anſtößiges; dagegen erfordert der beſchränkte Übergang auf die Erben eine genauere Betrachtung. — Von einem allgemeineren Standpunkt aus angeſehen, erſcheinen hierin die zweyſeitigen und einſeitigen Strafklagen in ihrem innerſten Weſen verſchieden. Wenn ein Verbrecher Gefängniß oder Leibesſtrafe verwirkt hat, und vor der Beſtrafung ſtirbt, ſo wird Niemand daran denken, dieſe Strafe an dem Erben vollziehen zu laſſen; der Grund

Klagen prätoriſche ſeyen, die Civilklagen dieſer Art ſollen unbeſchränkt gegen die Erben gehen, der einzige Fall ſolcher Art aber ſey die condictio furtiva. Dieſe Unterſcheidung, wofür er überdem einen befriedigenden inneren Erklärungsgrund anzugeben vergeblich verſucht hat (S. 37) wird unten durch den Beweis widerlegt werden, daß die condictio furtiva keine Delictsklage iſt. (Beyl. XIV. Num. XVII. XVIII.). Sie läßt ſich aber auch durch die a. L. Aquiliae widerlegen. Zwar iſt dieſe durch die künſtliche Schadensrechnung eine zweyſeitige Strafklage geworden. Allein wenn das von Franke aufgeſtellte Princip richtig wäre, würde dem Verletzten die unbeſchränkte Klage gegen den Erben nicht verſagt werden können, ſobald er ſich entſchlöſſe, Das was in der Klage die Strafnatur hat aufzugeben, und nur die reine Entſchädigung (berechnet nach der Zeit des begangenen Delicts) zu fordern, durch welche Forderung er ja ganz in derſelben Lage ſeyn würde, wie (nach Franke's Meynung) der Beſtohlene in der condictio furtiva. Und doch ſoll jener Beſchädigte von dem Erben durchaus nur deſſen Bereicherung abfordern können. Vgl. noch unten § 212. g.

liegt darin, daß das Criminalrecht nur mit dem natürlichen, individuellen Menschen zu thun hat (§ 94), nicht mit dem Vermögensbeherrscher, auf welche letzte Eigenschaft allein das Verhältniß des Erben sich bezieht. Nicht wesentlich verschieden ist aber der Fall der fiscalischen Geldstrafe, denn obgleich diese auf das Vermögen gerichtet ist, so dient doch das Vermögen hier nur als Strafmittel, dessen Verschiedenheit von den vorher erwähnten Strafmitteln eine untergeordnete Natur hat. Endlich ist aber auch die Römische Privatstrafe von der fiscalischen Geldstrafe, ihrem Wesen nach, nicht verschieden; der Staat hat es hier dem Verletzten überlassen, die Geldstrafe einzuziehen und zu behalten. Das Wesen der Strafe bleibt in allen diesen Fällen ganz dasselbe, denn der nächste Zweck geht immer dahin, daß den Ungerechten ein Übel treffe (i), worin auch dieses Übel bestehen möge. Und darum ist es, in allen diesen Fällen, der wahren Natur der Strafe gleich widersprechend, wenn das Übel einem Andern als dem Verbrecher zugefügt wird, zum Beyspiel dem Erben desselben, der als solcher zu dem begangenen Unrecht in gar keinem Verhältniß steht. Hierdurch aber erscheint die Römische Regel, nach welcher die eigentlichen Strafen unvererblich sind (Note d), völlig gerechtfertigt.

Ganz anders verhält es sich mit der Entschädigung.

(i) In diesem nächsten Zweck stimmen Alle überein, wie verschieden sie auch den entfernteren Zweck auffassen mögen, nämlich bald als Vergeltung (§ 9. b), bald als Abschreckung, als Prävention, oder als Besserung.

Die Verpflichtung zu derſelben hat völlig gleiche Natur mit den aus Verträgen entſpringenden Verpflichtungen, und ſie tritt, ſo wie dieſe, vom Augenblick ihrer Entſtehung an, in eine unzertrennliche Verbindung mit dem Vermögen; beide aber haben mit der Individualität und Empfindung des Handelnden, worauf ſich die Strafe bezieht, gar keine Verbindung. Der Natur dieſes Verhältniſſes wäre es angemeſſen, daß jene Verpflichtung zur Entſchädigung eben ſo unbeſchränkt auf die Erben übergienge, wie die aus Verträgen, ja wenn ſich hierin Grade annehmen ließen, ſo erſcheint die Erfüllung jener Verbindlichkeit wohl noch dringender als die der Verträge. Wenn nun dennoch die Römer dem Erben die Entſchädigung nur auf höchſt beſchränkte Weiſe auflegen, und dadurch in der That dem Verletzten ſein gutes Recht entziehen (k), ſo liegt der Grund ohne Zweifel in einer irrigen Verwechslung der Entſchädigung mit der davon weſentlich verſchiedenen Strafe. Die Thatſache dieſer Verwechslung erhellt deutlich aus dem oben dargelegten höchſt ſchwankenden Sprachgebrauch. Die Veranlaſſung aber muß wohl in mehreren Umſtänden geſucht werden. Erſtlich in der blos äußerlichen, aber täuſchenden Ähnlichkeit der Wirkung auf den Verletzer, welcher durch die Entſchädigung, eben

(k) Dieſes wird recht anſchaulich, wenn ein Reicher aus Rache eine Brandſtiftung verübt, und vor Anſtellung der Klage ſtirbt. Der Erbe iſt hier durch die That nicht reicher, und die actio L. Aquiliae trifft ihn daher nicht. *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Eben ſo wenn Jemand aus bloßer Bosheit einen Andern betrügt, und dadurch in großen Schaden bringt, ohne ſelbſt Etwas zu gewinnen.

so wie durch die Strafe, eine Verminderung seines Vermögens erleiden kann. Zweytens, und noch mehr, in dem Umstand, daß bey den Strafklagen nicht selten Entschädigung und Strafe vermischt erscheinen, oft so daß Beides schwer abzusondern ist (l). Endlich aber konnte die hierin liegende Härte auch dadurch leichter verborgen bleiben, daß sie gerade in dem häufigsten und wichtigsten Fall gar nicht zur Anwendung kam, bey dem Diebstahl nämlich, wozu auch der Raub gehört. Denn hier wird die Entschädigung gar nicht durch eine Delictsklage bewirkt, sondern durch eine Condiction, und die Natur dieser Klage bringt es mit sich, daß sie unbeschränkt gegen die Erben angestellt werden kann.

Das spätere Schicksal dieser nicht zu billigenden Rechtsregel ist folgendes gewesen. Das canonische Recht verwarf dieselbe, und ließ die Klage gegen den Erben, ohne

(l) Diese Vermischung findet sich, und zwar in verschiedener Art, bey denjenigen Strafklagen, die noch im neuesten Recht als mixtae erscheinen; so in der a. vi bonorum raptorum, worin die Absonderung leicht, in der a. L. Aquiliae, worin sie schwerer ist. Wahrscheinlich aber war sie im älteren Recht noch ausgedehnter. So war wohl ursprünglich die furti actio eine gemischte Klage; der doppelte oder vierfache Sachwerth sollte nicht blos den Verlust der Sache ersetzen, sondern auch das mögliche höhere Interesse vergüten, und daneben noch dem Bestohlenen eine Summe als Bereicherung verschaffen; darauf deutet der uralte Ausdruck: pro fure *damnum* decidere. Später wurde noch daneben die condictio furtiva auf die Sache selbst, oder das Interesse, (nicht blos auf den Sachwerth), eingeführt, und von dieser Zeit an war freylich die furti actio eine reine Strafklage. Diese Ansicht konnte hier nur angedeutet werden, ihre Ausführung muß einem andern Orte vorbehalten bleiben. Ist dieselbe richtig, so paßt der im Text folgende Grund nur auf die spätere Zeit.

Rückſicht auf deſſen Bereicherung, gelten (m); jedoch trat nun an die Stelle der großen, im Römiſchen Recht angenommenen, Beſchränkung eine andere, allerdings viel geringere. Der Erbe ſollte für die Entſchädigung nur haften, ſoweit die Erbſchaft reichte; das heißt, er ſollte nimmals aus ſeinem eigenen Vermögen entſchädigen, ſelbſt wenn er es unterlaſſen hätte ein Inventarium zu machen. Dieſe neue Beſchränkung hatte in den päbſtlichen Geſetzen ſelbſt nur einen ſehr ſchwachen Schein der Begründung (n); ihr wahrer Grund iſt die Praxis, die hierin vom Mittelalter her ganz gleichförmig geweſen zu ſeyn ſcheint. Man wollte das Römiſche Recht, im wohlbegründeten Intereſſe des Verletzten, hierin abändern, glaubte aber dieſe Abänderung doch wieder vermindern zu müſſen, und ſo erſcheint uns auch dieſe neueſte Geſtalt des Satzes wiederum eine halbe Maaßregel, ohne wahren inneren Grund (o): beſſer wäre

(m) c. 3 C. 16. q. 6, *C.* 14 X. *de sepult.* (3. 28), *C.* 5 X. *de raptor.* (5. 17), *C.* 9 X. *de usuris* (5. 19), *C.* 28 X. *de sent. excomm.* (5. 39.).

(n) *C.* 5 X. *de raptor.* (5. 17) ſagt: „heredes .. *juxta facultates suas* condigne satisfaciant," welcher nichtsſagende Zuſatz ſo viel heißt als: ſoweit ſie können. Ganz gegen die Worte hat man das auf die facultates der Erbſchaft bezogen.

(o) Nur auf folgende Weiſe könnte etwa eine Rechtfertigung jener neuen Einſchränkung verſucht werden. Wenn der Erbe ohne Inventarium antritt, und nachher die Erbſchaft mit gewöhnlichen Schulden überlaſtet findet, ſo hat er den Schaden ſeiner Unvorſichtigkeit zuzuſchreiben, da er die Vermögensumſtände des Verſtorbenen hätte prüfen können. Verbrechen aber werden meiſt im Verborgenen begangen, und es iſt daher dem Erben weniger zur Laſt zu legen, wenn er die aus Verbrechen entſtandenen Verpflichtungen des Erblaſſers nicht gekannt, ja nicht einmal ſolche für möglich gehalten hat. — Die Schriftſteller jedoch

es gewesen, die Verbindlichkeit des Erben, gleich jeder anderen Schuld, ohne Einschränkung gelten zu lassen, wie es den Quellen des canonischen Rechts allerdings gemäß ist. Neuere Deutsche Schriftsteller haben die Gültigkeit der angeführten Vorschrift des canonischen Rechts aus zwey nicht erheblichen, Gründen bestritten. Erstlich weil die Päbste blos verordnen, daß geistliche Zwangsmittel zu dem erwähnten Zweck angewendet werden sollten, welches von einer Rechtsvorschrift verschieden sey. Allein diese geistlichen Mittel waren diejenigen, worüber der Pabst in allen Ländern am Unmittelbarsten verfügen konnte, und die Vorschrift ihrer Anwendung ist daher, hier wie anderwärts, nur als Anerkennung eines Rechtssatzes im Allgemeinen zu betrachten. — Zweytens wird in jenen Stellen unter andern auch das Seelenheil des Verstorbenen als Grund für den Zwang gegen den Erben geltend gemacht, weshalb man fürchtete, durch die Beobachtung jener Vorschrift möchte die Lehre vom Fegfeuer anerkannt, und dadurch die reine evangelische Lehre gefährdet werden. Allein die Anerkennung des Rechtssatzes selbst ist für uns das allein Wichtige, und diese wird nicht verändert, man mag einen unterstützenden dogmatischen Beweggrund hinzu thun oder weg nehmen. — So ist also die durch die Praxis modificirte Vorschrift des canonischen Rechts als das un-

berufen sich meist nur auf eine ohne weitere Gründe behauptete aequitas.

zweifelhafte Reſultat des heutigen gemeinen Rechts zu betrachten (p).

§. 212.

Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortſetzung.)

Nachdem die Natur und Wirkung beider Arten der Strafklagen dargeſtellt worden iſt, ſind dieſelben in Anwendung auf einzelne Fälle ſelbſt darzuſtellen, und es iſt insbeſondere das Verhältniß nachzuweiſen, in welchem dieſe Begriffe zu der vorher dargeſtellten Grundeintheilung aller Klagen (in personam, in rem) zu denken ſind.

Die Klagen in rem können niemals als zweyſeitige Strafklagen vorkommen (§ 210. a.), wohl aber können ſie zuweilen die Natur von einſeitigen annehmen. Wenn bey einer Klage aus Eigenthum, Pfandrecht, Emphyteuſe, Superficies, Erbrecht, unſer Gegner zwar nicht beſitzt, aber zu unſrem Schaden entweder den Beſitz unredlicherweiſe aufgab, (dolo desiit possidere), oder uns durch den Schein des Beſitzes getäuſcht hat (liti se obtulit), ſo muß er ſich, gleich einem wirklichen Beſitzer, die Klage mit allen ihren Folgen gefallen laſſen. Hier nimmt die Klage völlig die Natur einer einſeitigen Strafklage, gegründet auf eine obligatio ex delicto, an (a), und ſie geht daher

(p) Ausführlich und befriedigend iſt dieſe ganze Frage behandelt von Böhmer jus eccl. Prot. Lib. 5 T. 17 § 132 — 137, und Francke Beyträge S. 44—57. — Die Zeugniſſe vieler Praktiker ſind zuſammengeſtellt bey Müller ad Leyser. T. 6 p. 176.

(a) Daß die Klage nunmehr als eine perſönliche wirkt, zeigt

auch gegen den Erben nur, insoweit dieser reicher ist durch die Unredlichkeit des Erblassers (b).

Die persönlichen Klagen aus Verträgen sind fast insgesammt blos erhaltende Klagen, ohne alle Strafnatur. In einem einzigen Fall, bey dem durch ungewöhnliche Unglücksfälle veranlaßten Depositum, erscheint eine solche Klage als mixta, folglich als zweyseitige Strafklage (c). — Weit wichtiger aber ist es, daß die Contractsklagen nicht etwa durch den hinzutretenden Dolus die Delictsnatur annehmen, sondern reine Contractsklagen bleiben, so daß sie auch in diesem Fall ohne Einschränkung auf die Erben des Beklagten übergehen (d).

sich im Concurse, indem hier der Kläger nur als Glaubiger behandelt werden kann, nicht als Separatist. *L.* 24 § 2 *de rebus auct. jud.* (42. 5.). — Wenn der Beklagte aus anderen Gründen, z. B. wegen Culpa, zur litis aestimatio verurtheilt wird, so erwirbt er dadurch die Rechte eines Käufers an der vindicirten Sache (*L.* 21. 46. 47, 63. *de R. V.* 6. 1.); hier erwirbt er gar keine Rechte (*L.* 63. 69. 70. *eod.*), und der Eigenthümer kann daher noch immer gegen den dritten Besitzer klagen. *L.* 95 § 9 *de solut.* (46. 3.), *L.* 13 § 14 *de her. pet.* (5. 3.)

(b) *L.* 52 *de R. V.* (6. 1.)

(c) So wird die Regel und die Ausnahme dargestellt in § 17 *J. de act.* (4. 6.). Nimmt man nun an, daß hier die Klage unter allen Umständen auf den doppelten Werth gehe, so ist es in der That eine ganz isolirte Ausnahme. Allein § 26 *J. de act.* (4. 6.) beschränkt die Strafe auf den Fall des Abläugnens (wohin auch deutet das perfidiae crimen und das fidem frangere in *L.* 1 § 4 *depositi* 16. 3.); darnach aber fällt diese Ausnahme mit mehreren Fällen zusammen, wovon noch weiter unten die Rede seyn wird (Note f).

(d) *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.) *L.* 7 § 1 *depos.* (16. 3.), *L.* 157 § 2 *de R. J.* (50. 17). *L.* 8 § 1 *de fidej. et nomin.* (27. 7.). Eben so geht gegen den Sklaven nach der Manumission nicht die a. depositi ex dolo, obgleich die Delictsklagen gegen ihn gehen. *L.* 1 § 18 *depos.* 16. 3.). — Ein Zweifel entsteht aus § 1 *J. de perpet.* (4. 12.) „aliquando tamen etiam ex contractu actio

Das eigentliche Gebiet aber für die Strafklagen ſind die Obligationen aus Delicten. Dieſe erzeugen insgeſammt Strafklagen, bald zweyſeitige, bald einſeitige. — Nicht wenige darunter beziehen ſich auf ſolche Delicte, die bey Gelegenheit eines Prozeſſes begangen werden. Durch ſtrafbare Handlungen dieſer Art werden bald eigene, ſelbſtſtändige Strafklagen erzeugt (e), bald nur die ohnehin geltenden Klagen durch eine hinzutretende Strafe erweitert (f).

contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit." Wäre die Leſeart veluti richtig, ſo würde in dieſer Stelle die ganze, in jenen Digeſtenſtellen anerkannte, Rechtsregel verneint. Wird dieſe Leſeart (wie es geſchehen muß) verworfen, ſo ſagt die Stelle nur, daß es Ausnahmen von der Regel gäbe, ohne dieſe ſelbſt zu nennen; ſo lange alſo ſolche Ausnahmen nicht anderwärts nachgewieſen werden, bleibt für uns die Stelle inhaltsleer. Jetzt wiſſen wir nun, daß die Stelle aus einer ungeſchickten Modifikation des Gajus IV § 113 entſtanden iſt. Dieſer hatte einige wirklich unvererbliche Contractsklagen angegeben, die aber in Juſtinians Zeit nicht mehr vorkamen, und deswegen weggelaſſen werden mußten; man wollte nun nicht die ganze Bemerkung fallen laſſen, und verwandelte ſie daher in eine unbeſtimmte Verweiſung auf ſolche ausgenommene Fälle überhaupt, wahrſcheinlich in der Hoffnung, es würden ſich wohl ſolche Fälle in den Digeſten finden. Der Fall des Depoſitum, den ſowohl eine Textvariante, als Theophilus einmiſcht, kann auf keine Weiſe die Schwierigkeit löſen. — Gründlich iſt die ganze Frage behandelt von Francke Beiträge S. 16—26.]

(e) So z. B. die im zweyten Buch der Digeſten enthaltenen Strafklagen.

(f) Dahin gehören die Klagen, worin lis inficiando crescit in duplum (vgl. Note c.). Dieſe führen nicht ſchon im Allgemeinen den Namen von poenales actiones, weil man es ihnen vor der Anſtellung nicht anſehen kann, ob der Fall der Straferhöhung eintreten werde. — Eben ſo die actio quod metus causa, worin die Straferhöhung nur erſt eintritt, wenn der Beklagte verſäumt, vor dem Urtheil freywillig den Kläger zu befriedigen.

Zwey einzelne Klagen verdienen hier noch eine besondere Erwähnung, weil sie leicht mißverstanden werden können. — Die actio Legis Aquiliae geht zunächst auf Entschädigung, erhält aber einen unbestimmten, blos möglichen, Strafzusatz dadurch, daß dem Kläger gestattet wird, für die Berechnung des Schadens irgend einen früheren, ihm günstigen, Zeitpunkt innerhalb gewisser Zeitgränzen auszusuchen. Durch diese problematische, in den wenigsten Fällen wirksame, Straferhöhung ist die Behandlung der Klage etwas schwankend geworden. Gegen die Erben geht sie, wie eine mixta actio, auf die bloße Bereicherung (g). In der Concurrenz mit anderen Klagen sind durch jene zweydeutige Natur der Klage, theils unbestimmte Äußerungen, theils verschiedene Meynungen der alten Juristen entstanden (h). Dagegen im Verhältniß zu mehreren Verletzern wird sie entschieden als zweyseitige Strafklage, wie die furti actio, behandelt, so daß jeder Theilnehmer das Ganze zahlen soll, ohne durch die frühere Zahlung eines

(g) *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Daraus sind die unbestimmten Stellen zu beschränken, welche die Klage gegen den Erben ganz zu versagen scheinen. *L.* 10 *pr. comm. div.* (10. 3.), § 9 *J. de L. Aquilia* (4. 3.). In dieser letzten Stelle wird die Amplifikation hinzugesetzt: „quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur," welches mit der von allen alten Juristen anerkannten Rechtsregel im Widerspruch steht, und blos ein unüberlegter Versuch der Compilatoren zu seyn scheint, die Sache von allen Seiten zu beleuchten. Francke Beiträge S. 30. 41. 44. nimmt aus dieser blos hypothetischen Äußerung ein neues Argument für seine Meynung, nach welcher die civilen Entschädigungsklagen aus Delicten unbeschränkt gegen die Erben gehen sollen. Vgl. aber oben § 211. h.

(h) S. u. § 233. 234.

anderen Theilnehmers befreyt zu werden (i).

Eine auf ähnliche Weiſe zweydeutige Natur hat die durch die zwölf Tafeln eingeführte Klage auf den doppelten Sachwerth gegen den Vormund, welcher Sachen des Mündels unterſchlagen hat. Auf den erſten Blick möchte man ſie, wegen der Verdopplung, für eine mixta actio, alſo für eine zweyſeitige Strafklage, halten. Dennoch erſcheint ſie, wenn mehrere Vormünder concurriren, ſogar noch beſchränkter, als die actio Legis Aquiliae, indem die Zahlung des einen die übrigen befreyt (k). Um ſo mehr ſteht ſie mit der condictio furtiva in einem blos electiven Verhältniß, ſo daß durch die Wahl der einen dieſer Klagen die andere ausgeſchloſſen wird (l); und daſſelbe elective Verhältniß beſteht auch zwiſchen ihr und der tutelae actio (m). Dieſes Alles erklärt ſich daraus, daß der verdoppelte bloße Sachwerth eigentlich nur an die Stelle eines möglichen, den Sachwerth weit überſteigenden, höheren Intereſſe, tritt (n), ſo daß alſo der beſtohlene Mündel die Wahl haben ſoll, ſein höheres Intereſſe entweder unmittelbar zu erweiſen, wozu ihm die tutelae actio oder auch

(i) S. u. § 234. d[1].

(k) *L.* 55 § 1 *de administ.* (26. 7.) Die Worte: „et quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur?" müſſen mit in die vorhergehende Frage gezogen werden, da die verneinende Antwort in der ganzen folgenden Argumentation deutlich enthalten iſt.

(l) *L.* 55 § 1 *cit.* (in den Schlußworten), *L.* 2 § 1 *de tutelae* (27. 3.).

(m) *L.* 1 § 21 *de tutelae* (27. 3.) „In tutela *ex una obligatione duas esse actiones* constat" etc.

(n) *L.* 1 § 20 *L.* 2 § 2 *de tutelae* (27.3.).

die condictio furtiva dient, oder durch die Klage auf den doppelten Sachwerth zu verfolgen. Ganz consequent ist es, daß daneben noch die furti actio auf reine Strafe angestellt werden kann (o). Dagegen wird sie gegen den Erben gänzlich versagt, ohne Zweifel weil sie eine mögliche Straferhöhung in sich schließt (p).

Es muß noch besonders gewarnt werden gegen die Verwechslung der Strafklagen mit einigen verwandten Rechtsinstituten. — Die Conventionalstrafen kommen in ihrem Zweck und Erfolg mit den auf allgemeinen Rechtsregeln beruhenden Strafen überein, weshalb auch der Ausdruck poena auf sie unbedenklich angewendet wird. Allein die zu diesem Zweck bey ihnen angewendete Rechtsform ist ein Vertrag, die Klage eine gewöhnliche Contractsklage, und von den Eigenthümlichkeiten der Pönalklagen kann dabey nicht die Rede seyn. Es ist auch in dieser Hinsicht ganz gleichgültig, ob der Strafvertrag durch freye Willkühr herbeygeführt, oder durch eine richterliche Obrigkeit erzwungen worden ist. Daher erzeugten die im Römischen Prozeß so häufigen und wichtigen poenales sponsiones (q)

(o) *L.* 1 § 22 *de tutelae* (27. 3.) „. . . nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, *sed plures obligationes*: nam et tutelae et furti obligatur." *L* 2 § 1 *eod.*

(p) *L.* 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.) „quia poenalis est." Vgl. oben § 211. f. — Nämlich für die reine Entschädigung ist gegen den Erben schon die tutelae actio und die condictio furtiva ausreichend.

(q) Gajus IV. § 13. 94. 141. 162 — 168. 171 — 172. — Es war damit eben so wie mit den praejudiciales *sponsiones*, woraus auch keine praejudiciales *formulae* entsprangen, obgleich

durchaus keine Pönalklagen, ſondern Contractsklagen, weshalb dieſe auch unbeſchränkt gegen die Erben angeſtellt werden konnten.

Ferner dürfen die Strafklagen nicht verwechſelt werden mit den auf Vindicta gerichteten Klagen. Dieſes ſind ſolche Klagen, wobey ein eingeklagtes Vermögensrecht nur als Mittel dient, um einen entfernteren ſittlichen Zweck zu verfolgen. Nur die kleinere Zahl der Strafklagen hat dieſen ganz beſonderen Character; dagegen findet ſich derſelbe ſogar bey der inofficiosi querela, einer Klage die nicht mit dem Namen einer Strafklage belegt werden kann (r).

Zum Schluß iſt noch die Frage zu berühren, ob das Recht der Strafklagen für uns unverändert beſteht. Die einſeitigen Strafklagen, die auf Entſchädigung wegen zugefügter Verletzungen gehen, müſſen natürlich bey uns, wie in jedem poſitiven Recht, anerkannt werden. Ob eine gleiche Behandlung derſelben, wie im Römiſchen Recht, noch jetzt eintrete, iſt bereits oben ausführlich unterſucht worden. — Die Frage nach der Fortdauer der zweyſeitigen Strafklagen läßt ſich auch ſo ausdrücken, ob wir überhaupt noch Privatſtrafen übrig haben? Die genauere Erörterung dieſer Frage muß dem Obligationenrecht vorbehalten bleiben; ſchon hier aber läßt ſich vorläufig der Satz aufſtellen, daß einige Privatſtrafen noch jetzt vorkommen, die meiſten aber völlig verſchwunden ſind.

ſie in ihrem Zweck mit dieſen überein kamen (§. 207. f.) (r) Vgl. Band 2. §. 73.

§. 213.

Arten der Klagen. Civiles, honorariae. Ordinariae, extraordinariae.

Ich gehe nun zu denjenigen Eintheilungen der Klagen über, die eine mehr hiſtoriſche Natur haben als die bisher abgehandelten, indem ſie ſich theils auf die Entſtehung dieſer Rechtsinſtitute, theils auf die alterthümlichen, im neueſten Römiſchen Recht verſchwundenen, Prozeßformen beziehen. Seit der Entdeckung des Gajus laſſen ſich dieſelben weit deutlicher überſehen als zuvor. Beſonders der Zuſtand der Sache zur Zeit der großen juriſtiſchen Schriftſteller läßt ſich mit ziemlicher Sicherheit feſtſtellen. Über den älteren Zuſtand freylich, und über deſſen allmälige Umbildung, iſt aus Mangel an beſtimmten Nachrichten ein weites Feld zu Hypotheſen übrig; es dürfte aber wohl gerathen ſein, auf ſolche kein großes Gewicht zu legen.

Zunächſt iſt hier die längſt bekannte Eintheilung der Klagen in civiles und honorariae zu bemerken (a); unter den lezten ſind die meiſten und wichtigſten praetoriae, einige aediliciae. Das Unterſcheidende beſteht darin, daß

(a) *L.* 25 § 2 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 178 § 3 *de V. S.* (50. 16) beide von Ulpian. — Mäcianus ſagt, actiones sive *legitimae* sive honorariae. *L.* 32 *pr. ad L. Falc.* (35. 2). — Gajus IV. § 109 „*ex lege* esse, non esse." Er warnt dabey vor der Verwechslung dieſes Gegenſatzes mit dem völlig verſchiedenen, blos prozeſſualiſchen, Gegenſatz der *judicia* legitima und quae imperio continentur. — Bey Pomponius (*L.* 2 § 6 *de O. J.* 1. 2) heißen legitimae actiones die alten legis actiones, und eben ſo bey Gellius XX. 10.

Rückſicht auf deſſen Bereicherung, gelten (m); jedoch trat nun an die Stelle der großen, im Römiſchen Recht angenommenen, Beſchränkung eine andere, allerdings viel geringere. Der Erbe ſollte für die Entſchädigung nur haften, ſoweit die Erbſchaft reichte; das heißt, er ſollte niemals aus ſeinem eigenen Vermögen entſchädigen, ſelbſt wenn er es unterlaſſen hätte ein Inventarium zu machen. Dieſe neue Beſchränkung hatte in den päbſtlichen Geſetzen ſelbſt nur einen ſehr ſchwachen Schein der Begründung (n); ihr wahrer Grund iſt die Praxis, die hierin vom Mittelalter her ganz gleichförmig geweſen zu ſeyn ſcheint. Man wollte das Römiſche Recht, im wohlbegründeten Intereſſe des Verletzten, hierin abändern, glaubte aber dieſe Abänderung doch wieder vermindern zu müſſen, und ſo erſcheint uns auch dieſe neueſte Geſtalt des Satzes wiederum eine halbe Maaßregel, ohne wahren inneren Grund (o): beſſer wäre

(m) c. 3 C. 16. q. 6, *C.* 14 X. *de sepult.* (3. 28), *C.* 5 X. *de raptor.* (5. 17), *C.* 9 X. *de usuris* (5. 19), *C.* 28 X. *de sent. excomm.* (5. 39.).

(n) *C.* 5 X. *de raptor.* (5. 17) ſagt: „heredes .. *juxta facultates suas* condigne satisfaciant," welcher nichtsſagende Zuſatz ſo viel heißt als: ſoweit ſie können. Ganz gegen die Worte hat man das auf die facultates der Erbſchaft bezogen.

(o) Nur auf folgende Weiſe könnte etwa eine Rechtfertigung jener neuen Einſchränkung verſucht werden. Wenn der Erbe ohne Inventarium antritt, und nachher die Erbſchaft mit gewöhnlichen Schulden überlaſtet findet, ſo hat er den Schaden ſeiner Unvorſichtigkeit zuzuſchreiben, da er die Vermögensumſtände des Verſtorbenen hätte prüfen können. Verbrechen aber werden meiſt im Verborgenen begangen, und es iſt daher dem Erben weniger zur Laſt zu legen, wenn er die aus Verbrechen entſtandenen Verpflichtungen des Erblaſſers nicht gekannt, ja nicht einmal ſolche für möglich gehalten hat. — Die Schriftſteller jedoch

es gewesen, die Verbindlichkeit des Erben, gleich jeder anderen Schuld, ohne Einschränkung gelten zu lassen, wie es den Quellen des canonischen Rechts allerdings gemäß ist. Neuere Deutsche Schriftsteller haben die Gültigkeit der angeführten Vorschrift des canonischen Rechts aus zwey nicht erheblichen, Gründen bestritten. Erstlich weil die Päbste blos verordnen, daß geistliche Zwangsmittel zu dem erwähnten Zweck angewendet werden sollten, welches von einer Rechtsvorschrift verschieden sey. Allein diese geistlichen Mittel waren diejenigen, worüber der Pabst in allen Ländern am Unmittelbarsten verfügen konnte, und die Vorschrift ihrer Anwendung ist daher, hier wie anderwärts, nur als Anerkennung eines Rechtssatzes im Allgemeinen zu betrachten. — Zweytens wird in jenen Stellen unter andern auch das Seelenheil des Verstorbenen als Grund für den Zwang gegen den Erben geltend gemacht, weshalb man fürchtete, durch die Beobachtung jener Vorschrift möchte die Lehre vom Fegfeuer anerkannt, und dadurch die reine evangelische Lehre gefährdet werden. Allein die Anerkennung des Rechtssatzes selbst ist für uns das allein Wichtige, und diese wird nicht verändert, man mag einen unterstützenden dogmatischen Beweggrund hinzu thun oder weg nehmen. — So ist also die durch die Praxis modificirte Vorschrift des canonischen Rechts als das un-

berufen sich meist nur auf eine ohne weitere Gründe behauptete aequitas.

zweifelhafte Reſultat des heutigen gemeinen Rechts zu betrachten (p).

§. 212.

Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortſetzung.)

Nachdem die Natur und Wirkung beider Arten der Strafklagen dargeſtellt worden iſt, ſind dieſelben in Anwendung auf einzelne Fälle ſelbſt darzuſtellen, und es iſt insbeſondere das Verhältniß nachzuweiſen, in welchem dieſe Begriffe zu der vorher dargeſtellten Grundeintheilung aller Klagen (in personam, in rem) zu denken ſind.

Die Klagen in rem können niemals als zweyſeitige Strafklagen vorkommen (§ 210. a.), wohl aber können ſie zuweilen die Natur von einſeitigen annehmen. Wenn bey einer Klage aus Eigenthum, Pfandrecht, Emphyteuſe, Superficies, Erbrecht, unſer Gegner zwar nicht beſitzt, aber zu unſrem Schaden entweder den Beſitz unredlicherweiſe aufgab, (dolo desiit possidere), oder uns durch den Schein des Beſitzes getäuſcht hat (liti se obtulit), ſo muß er ſich, gleich einem wirklichen Beſitzer, die Klage mit allen ihren Folgen gefallen laſſen. Hier nimmt die Klage völlig die Natur einer einſeitigen Strafklage, gegründet auf eine obligatio ex delicto, an (a), und ſie geht daher

(p) Ausführlich und befriedigend iſt dieſe ganze Frage behandelt von Böhmer jus eccl. Prot. Lib. 5 T. 17 § 132 — 137, und Francke Beyträge S. 44—57. — Die Zeugniſſe vieler Praktiker ſind zuſammengeſtellt bey Müller ad Leyser. T. 6 p. 176.

(a) Daß die Klage nunmehr als eine perſönliche wirkt, zeigt

auch gegen den Erben nur, insoweit dieser reicher ist durch die Unredlichkeit des Erblassers (b).

Die persönlichen Klagen aus Verträgen sind fast insgesammt blos erhaltende Klagen, ohne alle Strafnatur. In einem einzigen Fall, bey dem durch ungewöhnliche Unglücksfälle veranlaßten Depositum, erscheint eine solche Klage als mixta, folglich als zweyseitige Strafklage (c). — Weit wichtiger aber ist es, daß die Contractsklagen nicht etwa durch den hinzutretenden Dolus die Delictsnatur annehmen, sondern reine Contractsklagen bleiben, so daß sie auch in diesem Fall ohne Einschränkung auf die Erben des Beklagten übergehen (d).

sich im Concurse, indem hier der Kläger nur als Glaubiger behandelt werden kann, nicht als Separatist. *L.* 24 § 2 *de rebus auct. jud.* (42. 5.). — Wenn der Beklagte aus anderen Gründen, z. B. wegen Culpa, zur litis aestimatio verurtheilt wird, so erwirbt er dadurch die Rechte eines Käufers an der vindicirten Sache (*L.* 21. 46. 47, 63. *de R. V.* 6. 1.); hier erwirbt er gar keine Rechte (*L.* 63. 69. 70. *eod.*), und der Eigenthümer kann daher noch immer gegen den dritten Besitzer klagen. *L.* 95 § 9 *de solut.* (46. 3.), *L.* 13 § 14 *de her. pet.* (5. 3.)

(b) *L.* 52 *de R. V.* (6. 1.)

(c) So wird die Regel und die Ausnahme dargestellt in § 17 *J. de act.* (4. 6.). Nimmt man nun an, daß hier die Klage unter allen Umständen auf den doppelten Werth gehe, so ist es in der That eine ganz isolirte Ausnahme. Allein § 26 *J. de act.* (4. 6.) beschränkt die Strafe auf den Fall des Abläugnens (wohin auch deutet das perfidiae crimen und das fidem frangere in *L.* 1 § 4 *depositi* 16. 3.); darnach aber fällt diese Ausnahme mit mehreren Fällen zusammen, wovon noch weiter unten die Rede seyn wird (Note f).

(d) *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.) *L.* 7 § 1 *depos.* (16. 3.), *L.* 157 § 2 *de R. J.* (50. 17). *L.* 8 § 1 *de fidej. et nomin.* (27. 7.). Eben so geht gegen den Sklaven nach der Manumission nicht die a. depositi ex dolo, obgleich die Delictsklagen gegen ihn gehen. *L.* 1 § 18 *depos.* 16. 3.). — Ein Zweifel entsteht aus § 1 *J. de perpet.* (4. 12.) „aliquando tamen etiam ex contractu actio

Das eigentliche Gebiet aber für die Strafklagen ſind die Obligationen aus Delicten. Dieſe erzeugen insgeſammt Strafklagen, bald zweyſeitige, bald einſeitige. — Nicht wenige darunter beziehen ſich auf ſolche Delicte, die bey Gelegenheit eines Prozeſſes begangen werden. Durch ſtrafbare Handlungen dieſer Art werden bald eigene, ſelbſtſtändige Strafklagen erzeugt (e), bald nur die ohnehin geltenden Klagen durch eine hinzutretende Strafe erweitert (f).

contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit." Wäre die Leſeart veluti richtig, ſo würde in dieſer Stelle die ganze, in jenen Digeſtenſtellen anerkannte, Rechtsregel verneint. Wird dieſe Leſeart (wie es geſchehen muß) verworfen, ſo ſagt die Stelle nur, daß es Ausnahmen von der Regel gäbe, ohne dieſe ſelbſt zu nennen; ſo lange alſo ſolche Ausnahmen nicht anderwärts nachgewieſen werden, bleibt für uns die Stelle inhaltsleer. Jetzt wiſſen wir nun, daß die Stelle aus einer ungeſchickten Modifikation des Gajus IV § 113 entſtanden iſt. Dieſer hatte einige wirklich unvererbliche Contractsklagen angegeben, die aber in Juſtinians Zeit nicht mehr vorkamen, und deswegen weggelaſſen werden mußten; man wollte nun nicht die ganze Bemerkung fallen laſſen, und verwandelte ſie daher in eine unbeſtimmte Verweiſung auf ſolche ausgenommene Fälle überhaupt, wahrſcheinlich in der Hoffnung, es würden ſich wohl ſolche Fälle in den Digeſten finden. Der Fall des Depoſitum, den ſowohl eine Textvariante, als Theophilus einmiſcht, kann auf keine Weiſe die Schwierigkeit löſen. — Gründlich iſt die ganze Frage behandelt von Francke Beiträge S. 16—26.

(e) So z. B. die im zweyten Buch der Digeſten enthaltenen Strafklagen.

(f) Dahin gehören die Klagen, worin lis inficiando crescit in duplum (vgl. Note c.). Dieſe führen nicht ſchon im Allgemeinen den Namen von poenales actiones, weil man es ihnen vor der Anſtellung nicht anſehen kann, ob der Fall der Straferhöhung eintreten werde. — Eben ſo die actio quod metus causa, worin die Straferhöhung nur erſt eintritt, wenn der Beklagte verſäumt, vor dem Urtheil freywillig den Kläger zu befriedigen.

Zwey einzelne Klagen verdienen hier noch eine besondere Erwähnung, weil sie leicht mißverstanden werden können. — Die actio Legis Aquiliae geht zunächst auf Entschädigung, erhält aber einen unbestimmten, blos möglichen, Strafzusatz dadurch, daß dem Kläger gestattet wird, für die Berechnung des Schadens irgend einen früheren, ihm günstigen, Zeitpunkt innerhalb gewisser Zeitgränzen auszusuchen. Durch diese problematische, in den wenigsten Fällen wirksame, Straferhöhung ist die Behandlung der Klage etwas schwankend geworden. Gegen die Erben geht sie, wie eine mixta actio, auf die bloße Bereicherung (g). In der Concurrenz mit anderen Klagen sind durch jene zweydeutige Natur der Klage, theils unbestimmte Äußerungen, theils verschiedene Meynungen der alten Juristen entstanden (h). Dagegen im Verhältniß zu mehreren Verletzern wird sie entschieden als zweyseitige Strafklage, wie die furti actio, behandelt, so daß jeder Theilnehmer das Ganze zahlen soll, ohne durch die frühere Zahlung eines

(g) *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Daraus sind die unbestimmten Stellen zu beschränken, welche die Klage gegen den Erben ganz zu versagen scheinen. *L.* 10 *pr. comm. div.* (10. 3.), § 9 *J. de L. Aquilia* (4. 3.). In dieser letzten Stelle wird die Amplifikation hinzugesetzt: „quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur," welches mit der von allen alten Juristen anerkannten Rechtsregel im Widerspruch steht, und blos ein unüberlegter Versuch der Compilatoren zu seyn scheint, die Sache von allen Seiten zu beleuchten. Francke Beiträge S. 30. 41. 44. nimmt aus dieser blos hypothetischen Äußerung ein neues Argument für seine Meynung, nach welcher die civilen Entschädigungsklagen aus Delicten unbeschränkt gegen die Erben gehen sollen. Vgl. aber oben § 211. h.

(h) S. u. § 233. 234.

actio venditi, depositi, ex stipulatu, werden Dieſes anſchaulich machen (c).

Quod A. Agerius N. Negidio hominem *vendidit.*

Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem *deposuit.*

Quod A. Agerius de N. Negidio incertum *stipulatus est.*

Dieſer erſte Theil kam in ſehr vielen Klagen gewöhnlich gar nicht vor; namentlich nicht bey den in rem actiones (d): eben ſo bey den äußerſt zahlreichen formulae in factum conceptae, bey welchen, wie ſogleich gezeigt werden wird, die Intentio Alles enthielt, was in eine einleitende Demonstratio hätte geſetzt werden können. Nach den beſonderen Umſtänden einzelner Rechtsverhältniſſe konnte der Klage aus Vorſicht eine eigene Beſchränkung gegeben werden, die dann, eben ſo wie die Demonstratio, der Intentio vorangeſchickt wurde. Dieſe führte den beſonderen Namen praescriptio, und war auch bey den in rem actiones anwendbar, obgleich dieſe ohne Demonstratio zu ſeyn pflegten. Gewöhnlich wurde die praescriptio nicht als Demonstratio angeſehen, ſondern als ein beſonderer, der ganzen formula vorangehender Zuſatz; in einigen Fällen aber wurde ſie der wirklichen Demonstratio ſelbſt einverleibt (e).

Intentio heißt der Theil der Formel, worin die Be-

(c) Gajus IV. § 40. 136.

(d) Cicero in Verrem II. 12, und damit übereinſtimmend Gajus IV. § 41.

(e) Von den Präſcriptionen überhaupt handelt Gajus IV. § 130—137: die im Text erwähnte Verſchiedenheit wird bemerkt § 132. 136. 137.

hauptung des Klägers, alſo zugleich der Grund und die Bedingung der von ihm verlangten Entſcheidung ausgedrückt war. Es iſt der einzige Theil, welcher in keiner Formel jemals fehlen konnte (f). Weil er nun das weſentlichſte Stück der Klage in ſich ſchloß, ſo wurden auch oft die Ausdrücke intentio und intendere für actio und agere geſezt, ja dieſer Sprachgebrauch iſt ſelbſt in manchen Stellen des Juſtinianiſchen Rechts noch ſichtbar geblieben, obgleich der Entſtehungsgrund deſſelben mit den Formeln ſelbſt längſt verſchwunden war. Jene Behauptung nun enthielt bald unmittelbar das Daſeyn eines Rechtsverhältniſſes, bald ſolche Thatſachen, die als Grund eines Rechts angeſehen werden ſollten. Die Natur dieſes Unterſchieds wird erſt bey einer gleich folgenden Eintheilung der Klagen erklärt, und durch Beyſpiele erläutert werden können.

Condemnatio endlich war der praktiſche Theil der Formel, das heißt die Anweiſung an den Judex, wie er unter Vorausſetzung der Wahrheit oder Unwahrheit der Intentio das Urtheil faſſen ſollte. Bey den meiſten Klagen war eine ſolche vorhanden; ſie fehlte aber bey den Präjudicialklagen, das heißt bey denjenigen Klagen, wodurch zunächſt nur das Daſeyn eines Rechtsverhältniſſes oder einer Thatſache feſtgeſtellt werden ſollte, ſo daß ſich der Kläger vorbehielt, in einem künftigen anderen Rechtsſtreit von dieſer Feſtſtellung Gebrauch zu machen (§ 207. e. f.). Beyſpiele der Condemnatio ſind folgende (g):

(f) Gajus IV. § 44.

(g) Gajus IV. § 43. 47. 51.

Judex N. Negidium A. Agerio Sestertium X. Millia condemna, si non paret absolve.

Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito. Die Schlußworte beziehen ſich auf die Anfangsworte der Intentio, die in den angeführten Beyſpielen ſo lauteten: Si paret, ſo daß alſo der ganze Zuſammenhang des Gedankens dieſer war: Si paret, Negidium Sestertium X. Millia dare oportere, Negidium Sest. X. M. condemna, si non paret absolve, alſo: wenn du nicht finden ſollteſt, daß er dieſe Summe ſchuldig ſey, ſo ſprich ihn frey.

§. 215.

Arten der Klagen. Directae, utiles. Certa, incerta formula.

Auf die Intentio, den weſentlichſten Theil der Formel, bezieht ſich die Eintheilung der Klagen in directae und utiles.

Wenn nämlich ein früherhin beſchränkteres Klagrecht ſpäter auf neue Fälle ausgedehnt werden ſollte, ſo geſchah dieſes ſehr häufig dadurch, daß man die ſchon bekannte Klage unter dem Namen einer utilis actio anwendete (a), und im Gegenſatz dieſer ausgedehnteren Anwendung hieß

(a) *L.* 21 *de praescr. verbis* (19. 5) „Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio (danda) est;" nämlich vorausgeſetzt, daß überhaupt Grund zu einer ſolchen ausgedehnten Anwendung vorhanden iſt. — Vgl. über dieſe Begriffe im Allgemeinen Mühlenbruch Lehre von der Ceſſion § 15.

dann dieſelbe Klage in Anwendung auf diejenigen Fälle, wofür ſie ſchon urſprünglich gelten ſollte, directa oder auch vulgaris (b). Es geſchah aber eine ſolche Ausdehnung beſonders unter der Form von Fictionen, ſo daß man fingirte, ein Kläger, der eigentlich nicht Erbe oder Eigenthümer war, ſey Erbe oder Eigenthümer, und könne deswegen mit demſelben Erfolg klagen, wie es der wirkliche Eigenthümer ohnehin konnte (c). Daher iſt denn utilis actio, der urſprünglichen Bedeutung nach, ſo viel als fictitia, und dieſe gleiche Bedeutung beider Ausdrücke wird durch folgende Zeugniſſe außer Zweifel geſezt. Gajus bezeichnet die auf Fiction gegründeten Klagen einmal als den Gegenſatz der directae (d), in einer anderen Stelle ganz unmittelbar als utiles (e). Ferner wurden die zu

(b) Der Ausdruck vulgaris ſteht in *L.* 46 *de her. inst.* (28. 5.). — Unrichtig haben dieſen Begriff Manche ſo gedacht, als hätte jede ſolche Klage eine ganz eigenthümliche Formel im Edict gehabt. Der weſentliche Theil der Formel (die intentio) war für ſehr viele Klagen völlig gleichlautend (dare oportere, dare facere oportere ex fide bona u. ſ. w.). Das Eigenthümliche der vulgares actiones beſtand vielmehr nur darin, daß in der demonstratio der techniſche Nahme eines bekannten Rechtsgeſchäfts gebraucht wurde, z. B. Quod Agerius fundum *vendidit*, mensam *deposuit* u. ſ. w. Dadurch war die Klage als venditi oder depositi actio individuell bezeichnet.

(c) Gajus IV. § 34—38. „ficto se herede agit" ... „fingitur rem usucepisse" ... „civitas ei Romana fingitur" ... „fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse." — Wie in den einzelnen Fällen die Fiction in der Intentio ausgedrückt wurde, zeigen die §§ 36. 37 an mehreren Beyſpielen.

(d) Gajus IV. § 34 „non habet *directas* actiones ... *itaque ficto se herede* intendit."

(e) Gajus IV. § 38 „introducta est contra eum eamve *actio utilis*, rescissa capitis deminutione, *id est in qua fingitur* capite deminutus deminutave non esse."

einer Erbſchaft gehörenden Klagen eigentlich (als directae) nur dem heres gegeben, vermittelſt einer Fiction erhielt ſie ſowohl der Bonorum possessor, als der Fideicommiſſar; in dieſer erweiterten Anwendung aber nennt ſie Gajus utiles, Ulpian fictitiae (f). Von dieſen beiden Namen drückt der eine (fictitia) die dabey angewendete Prozeßform unmittelbar aus, der andere (utilis), bezeichnet mehr das innere Weſen der Sache, nämlich die durch das praktiſche Bedürfniß (utilitas) herbeygeführte Erweiterung eines Rechtsinſtituts (g).

Der Unterſchied dieſer beiden Arten der Klagen lag gar nicht in der Wirkung, die für beide gleich war, ſondern nur in der Faſſung der Formel, oder eigentlich nur desjenigen Theils der Formel, welcher Intentio hieß. Die ganze Eintheilung komte alſo nur vorkommen bey denjenigen Prozeſſen, worin ein Juder gegeben wurde (§ 213), und nachdem alle Prozeſſe extraordinaria judicia geworden waren, hatte ſie ihre urſprüngliche Bedeutung verloren, ſo daß jezt jedes unmittelbare Intereſſe derſelben verſchwunden war (h). Es erklärt ſich aus dieſer weſentlichen Veränderung, verbunden mit der eben verſuchten genaueren Herleitung der Ausdrücke, warum im Juſtinia-

(f) Gajus II. § 253 (eben ſo § 4 *J. de fid. her.* 2. 23), Ulpian. XXVIII. § 12. Allerdings ſpricht der erſte blos von utiles actiones bey dem Fideicommiß, der zweyte blos von fictitiae bey der bonorum possessio, und man könnte die Gleichartigkeit beider Klagen, die ich hier annehme, etwa noch bezweifeln.

(g) S. o. Band 1 § 15. S. 56 über die Bedeutung von utilitas.

(h) *L.* 47 § 1 *de neg. gestis.* (3. 5), ohne Zweifel interpolirt.

nischen Recht der Ausdruck fictitia actio ganz verschwunden ist, während die Benennung der utiles actiones noch überall vorkommt. Diese hat nun für das Justinianische Recht, und für uns, nur noch eine geschichtliche Bedeutung; sie bringt uns in Erinnerung, daß eine so benannte Klage aus der allmäligen Erweiterung eines früher beschränkteren Rechtsinstituts hervorgegangen ist.

Es ist jedoch kaum zu bezweifeln, daß auch schon im älteren Prozeß diese Erweiterung einer schon bestehenden Klage auf neue Fälle nicht immer als eigentliche Fiction in der Formel ausgedrückt wurde (i). Daher hatte man schon damals neben den utiles actiones, die als Fictionen in der Formel ausgedrückt wurden, auch solche, denen der Name blos in dem materiellen Sinn eines auf neue Fälle erweiterten Rechtsinstituts beygelegt wurde. Insbesondere läßt sich annehmen, daß blos bey alten Civilklagen die Erweiterung durch eine Fiction in der Formel ausgedrückt wurde (k), anstatt daß bey den prätorischen Klagen die Natur der utilis actio in der Fassung der Formel nicht zur Anschauung kam (l).

(i) Mühlenbruch Cession S. 150 der dritten Ausgabe.

(k) Die von Gajus wörtlich angeführten Fälle fingirter einzelner Klagen beziehen sich sämtlich auf alte Civilklagen, die dadurch ausgedehnt werden sollten.

(l) Dahin würde also gehören die utilis Serviana actio. *L.* 1 § 2 *de pign.* (20. 1); *L.* 1 *pr. quib. m. pign.* (20. 6.). Eben so das utile interdictum uti possidetis, unde vi, quod legatorum. Vatic. Fragm. § 90. Von dem zuletzt genannten Interdict ist in der angeführten Stelle die formula aufbewahrt, und aus dieser erhält die hier aufgestellte Ansicht eine unmittelbare Bestätigung, da in derselben der Ausdruck

Übrigens finden ſich als utiles actiones ſowohl Klagen in personam, als in rem, ſowohl Pönalklagen, als ſolche die blos das Vermögen nach beiden Seiten hin unverändert erhalten ſollen.

Verſchieden von den Fictionsklagen, die noch im neueſten Recht unter dem Namen von utiles actiones vorkommen, waren diejenigen, die auf der Fiction einer alten Legis actio beruhten, und von welchen im neueſten Recht jede Spur verſchwunden iſt (m).

Bey Gajus kommt der Ausdruck incerta formula vor, welcher auf eine entgegengeſezte certa formula hindeutet (n), und es iſt für die folgende Unterſuchung nicht unwichtig, den hierin zum Grunde liegenden Gegenſatz genau feſtzuſtellen.

Betrachten wir zuerſt die Intentio, ſo werden wir dieſelbe certa nennen müſſen, wenn die Behauptung des Klä-

einer Fiction gar nicht gebraucht wird; der Zweck wird vielmehr dadurch erreicht, daß dem gewöhnlichen Ausdruck: quod .. possides, noch hinzugefügt wird: quodque uteris frueris. — Eben ſo ſind auch die *exceptiones* utiles nicht etwa fictitiae, ſondern erweiterte, ausgedehnte Exceptionen. Vgl. § 227. d.

(m) Gajus IV. § 10. 32. 33. Die Erwähnung dieſer Form von Klagen veranlaßt ihn, die ganze Lehre der alten Legis actiones § 11—31. abzuhandeln.

(n) Gajus IV. § 54. — Wo in unſren Juſtinianiſchen Rechtsbüchern die Ausdrücke incerti agere, incerti actio, incerta actio, incertum judicium vorkommen, da gehen dieſelben meiſt beſtimmt auf die actio praescriptis verbis, welche incerta Intentio und Condemnatio hatte. *L.* 8 *L.* 9 *L.* 16 *de praescr. verbis* (19. 5), *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 23 *comm. div.* (10. 3), *L.* 6 *C. de rer. perm.* (4. 64), *L.* 9 *C. de don.* (8. 54.).

gers von allen Seiten beſtimmt ausgedrückt iſt. Beyſpiele ſind dieſe: Si paret Stichum meum esse, Si paret N. Negidium X. dare oportere, Si paret, Agerium apud Negidium mensam deposuisse (o). Denn in allen dieſen Fällen iſt es aus den Worten der Intentio völlig klar und gewiß, was der Kläger will und behauptet. — Dagegen iſt incerta dieſe Intentio: quidquid N. Negidium dare facere oportet, denn es liegt darin die Behauptung, der Beklagte ſey irgend Etwas ſchuldig, der Umfang der Schuld ſey aber noch nicht genau anzugeben, und werde daher der Feſtſtellung durch das Verfahren überlaſſen (p).

Betrachten wir nun ferner die Condemnatio. Bey der incerta Intentio wird immer auch die Condemnatio incerta ſeyn müſſen, und dann werden wir nicht zweifelhaft ſeyn, auch die ganze Klage incerta zu nennen. — Bey der certa Intentio dagegen ſind zwey Fälle möglich. Die Condemnatio kann gleichfalls certa ſeyn, und dann werden wir nicht zweifeln, die Klage ſelbſt certa zu nennen; ſo zum Beyſpiel in der Formel: Si paret N. Negidium Decem dare debere, Judex N. Negidium Decem condemna (q). — Es kann aber auch die certa Intentio eine incerta Condemnatio mit ſich führen, und dieſer Fall war deswegen ſo ſehr häufig, weil in der Condemnatio nie

(o) Gajus IV. § 45. 47.
(p) Gajus IV. § 47. 136. 137.
(q) Gajus IV. § 50. Es kam dabey noch folgende Varietät vor. Die certa Condemnatio konnte eine wörtliche Wiederholung der certa Intentio ſeyn (wie im Fall des angeführten § 50), oder auch davon ganz verſchieden lauten; ſo im Fall des § 46.

etwas Anderes ſtehen durfte als baares Geld (r), anſtatt daß die Intentio ſehr viele andere genau beſtimmte Gegenſtände enthalten konnte. Zum Beyſpiel kann die Formel der Eigenthumsklage dienen, worin auf die Intentio: Si paret Stichum A. Agerii esse, dieſe Condemnatio folgte: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna (s). Dieſe war incerta, denn es war aus ihren Worten nicht zu erkennen, wie hoch der Judex den Beklagten verurtheilen würde.

Es iſt nun vor Allem wichtig, dieſe Verſchiedenheit der Fälle, als wirklich vorkommend, deutlich in's Auge zu faſſen. Im älteren Prozeß knüpfte ſich daran ein ſehr großes praktiſches Intereſſe. War die Intentio certa, ſo mußte ſich der Kläger hüten, Mehr zu fordern als ihm zukam; fehlte er hierin, ſo verlor er plus petendo auch das, was ihm wirklich gebührte (t). Bey der incerta Intentio war dieſer Fehler und die damit verbundene Gefahr unmöglich, da in dem unbeſtimmten *quidquid* dare oportet niemals eine übertriebene Quantität liegen konnte (u). In der Demonstratio und Condemnatio waren zwar auch Übertreibungen möglich, ſie hatten aber niemals jene gefährliche Folge für den Kläger (v).

Bisher wurde blos die Sache betrachtet. Was aber den Ausdruck für den oben erwähnten zweydeutigen Fall

(r) Gajus IV. § 48.

(s) Gajus IV. § 51. Ein anderer Fall von certa Intentio mit incerta Condemnatio wird am Ende des § 68 erwähnt.

(t) Gajus IV. § 53. 60.

(u) Gajus IV. § 54.

(v) Gajus IV. § 57. 58.

(certa Intentio, incerta Condemnatio) betrifft, ſo hatte man eben ſo viel Grund, die Klage certa als incerta zu nennen, indem es darauf ankam, ob man hierin die Beſchaffenheit der Intentio, oder die der Condemnatio, vorzugsweiſe berückſichtigen wollte. Nach einer Stelle des Gajus müſſen wir annehmen, daß der Ausdruck lediglich auf die Intentio gieng, ſo daß alſo in jenem an ſich zweydeutigen Fall der Ausdruck certa actio oder formula allerdings gebraucht wurde, ungeachtet der Unbeſtimmtheit der Condemnatio. Denn Gajus ſtellt zuerſt die Regel auf, bey der auf den Sklaven Stichus gerichteten Klage ſey ein plus petere wohl möglich, wenn nämlich die Stipulation auf einen Sklaven überhaupt, nicht auf dieſes Individuum, gerichtet war (w). Dann fährt er in folgenden Worten fort: Illud satis apparet, in *incertis formulis* plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere (x). Hieraus aber iſt es klar, daß er nur dieſen letzten Fall (incerta Intentio et Condemnatio) unter dem Namen incerta *formula* verſteht, den vorhergehenden Fall aber (certa Intentio, incerta Condemnatio) nicht als incerta, ſondern als certa formula anſieht.

(w) Gajus IV. § 53.

(x) Gajus IV. § 54. — Eben ſo geht bey ihm das certum und incertum *petere* lediglich auf die Intentio, ohne Rückſicht auf die Condemnatio. IV. § 54. 131. Eine andere Frage iſt es, was Certum in Anwendung auf die Condictionen bedeutet. Darüber vgl. Beylage XIV. Num. XXXVI. u. fg.

§. 216.

Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae.

Die im Edict aufgeſtellten Formeln waren von zweyerley Art: in jus, in factum conceptae.

Die erſte Klaſſe hatte eine juris civilis intentio, das heißt die Behauptung des Daſeyns eines im jus civile gegründeten Rechtsverhältniſſes; ſo bey den Klagen in rem: si paret, fundum (oder hereditatem) Agerii esse, oder: Agerio jus esse utendi fruendi, eundi, aquam ducendi oder: Titium liberum esse (a); bey Contractsklagen: dare, oder dare facere oportere; bey Delictsklagen: damnum decidere oportere (a[1]); in allen dieſen Fällen alſo Daſeyn eines Eigenthums, einer Obligation oder eines anderen, durch jus civile anerkannten ſtrengen Rechts. Übrigens war eine ſolche Intentio bald certa, bald incerta, und die hinzugefügte Condemnatio desgleichen (b).

Die zweyte Klaſſe hatte zur Intentio die bloße Behauptung von Thatſachen, ſie war alſo in ihrer Faſſung ähnlich einer Demonstratio (§. 214), und konnte daher eine eigentliche, abgeſonderte Demonstratio gar nicht enthalten,

(a) Nämlich dieſe Präjudicialklage de statu war die einzige, welche eine legitima causa hatte, die übrigen waren prätoriſche Klagen; daher konnte auch nur jene eine formula in jus concepta haben. § 13 J. de act. (4. 6.)

(a[1]) Gajus IV. § 37. 45. 107. In dieſen Stellen ſind die meiſten der oben im Text angegebenen Formeln wörtlich enthalten. Vgl. auch Beylage XIV. Num. XX.

(b) Decem dare oportere war certa Intentio, quidquid dare facere oportet war incerta, ſ. o. § 215.

da der ganze mögliche Inhalt einer ſolchen ſchon in die Intentio ſelbſt verſchmolzen war (c). Eine ſolche Intentio war ſtets certa, da jederzeit beſtimmte Thatſachen behauptet werden mußten, hierin alſo Nichts dem freyen Ermeſſen des Judex überlaſſen blieb. Die Condemnatio dagegen war dabey bald certa, bald incerta (d).

Dieſer Gegenſatz der Klagen fällt nun zunächſt zuſammen mit dem Gegenſatz der civilen und prätoriſchen Klagen. Denn bey den civilen Klagen war ſtets eine juris civilis Intentio möglich (e), ſo daß die Intentio ſtets in jus concipirt werden konnte. Bey den prätoriſchen Kla-

(c) Es würde ganz unrichtig ſeyn, einer ſolchen Formel, wegen des factiſchen Ausdrucks, eine bloße Demonstratio zuzuſchreiben, ohne Intentio. Denn bey Gajus IV. § 60 wird hier nicht nur der Name Intentio gebraucht, ſondern auch die Möglichkeit des Plus petere behauptet, welches doch nach § 53. 58. nur in der Intentio, nie in der Demonstratio, begangen werden konnte. Eben ſo heißt in *L.* 1 *C. si pign. conv.* (8. 33.) die Hypothekarklage *Intentio* dati pignoris, die doch gewiß nur eine formula in factum concepta hatte. Vgl. Keller Litisconteſtation S. 248. 358. — Die vorkommenden Beyſpiele einer abgeſonderten Demonstratio beziehen ſich ſtets auf eine formula in jus concepta. Gajus IV. § 40. 47. 136. 137.

(d) Certa condemnatio hatte die Klage des Patrons wegen der reſpectswidrigen in jus vocatio, nämlich nach Gajus IV. § 46. auf 10000 Seſterze, nach dem Juſtinianiſchen Recht auf 5000. § 3 *J. de poena tem.* (4. 16.), *L.* 12. 24. 25 *de in j. voc.* (2. 4.); wahrſcheinlich iſt es bey Gajus bloßer Schreibfehler. — Eben ſo die Klage de albo corrupto auf 500 aurei. *L.* 7 *pr. de jurisd.* (2. 1.). — Dagegen haben die meiſten anderen formulae in factum conceptae eine incerta Condemnatio. So die bey Gajus IV. § 46 angeführte Beyſpiele, verglichen mit *L.* 2 § 1 *si quis in jus voc.* (2. 5.), und mit *L.* 5 § 1 *ne quis eum* (2. 7.)

(e) Möglich, aber nicht nothwendig, da bey ihnen eben ſowohl eine factiſche Faſſung gerechtfertigt war, wenn man eine ſolche räthlich fand; daß ſie in der That auch vorkam, wird ſogleich bemerkt werden.

gen war Dieſes nicht möglich, weil ſie gar nicht auf einem jetzt ſchon vorhandenen Recht beruhten, ſondern auf der obrigkeitlichen Macht, Kraft welcher der Prätor eine Klage gab, und einen Judex zum Ausſpruch eines Urtheils bevollmächtigte, welchem dann dieſelbe obrigkeitliche Macht auch die Vollziehung verſchaffte(f). Dieſe Anſicht der Sache wird durch die beſtimmteſten Stellen des Römiſchen Rechts beſtätigt. Dahin gehört folgende Stelle des Paulus (g).

> Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

Das heißt: der in der Intentio vorkommende Ausdruck Oportere darf ſtets nur von dem gegenwärtigen, wirklichen Daſeyn einer civilrechtlichen Schuld verſtanden werden, nicht von der Schuld, die durch richterliches Ermeſſen, vermittelſt eines Urtheils, vielleicht entſtehen kann. Geſetzt alſo, es wollte Jemand aus einem Kauf, der ſtets nur eine incerta Intentio hat, auf Decem dare oportere klagen, ſo würde er ſchlechthin abgewieſen werden müſſen, ohne Rückſicht darauf, daß bey richtig gefaßter Intentio der Richter vielleicht auf dieſelbe, oder eine noch größere Summe, geſprochen haben würde. — Eben ſo iſt es zu

(f) Vgl. Band 1. § 22. S. 117. — Daß alle prätoriſche Klagen in factum conceptae waren, ſagt Gajus nicht ausdrücklich, aber wenigſtens ſind alle von ihm im § 46 angeführte Beyſpiele prätoriſch und zugleich in factum conceptae.

(g) *L.* 37 *de V. S.* (50. 16.). — Im Zuſammenhang damit ſteht *L.* 27 *de novat.* (46. 2.), da das officium judicis auch die künftigen Zinſen umfaßt haben würde. Vgl. auch *L.* 76. § 1 *L.* 89. *L.* 125 *de V. O.* (45. 1.)

verſtehen, wenn die prätoriſchen Klagen erklärt werden als actiones quas Praetor *ex sua jurisdictione comparatas* habet (h), oder quae a Praetore *dantur*, im Gegenſatz der Klagen quae ipso jure *competunt* (i). Denn obgleich die Thätigkeit des Prätors auch bey den Civilklagen nöthig war, indem nur er einen Judex und eine Klage geben konnte, ſo war doch dabey jene Thätigkeit eine blos ausführende, das ſchon vorhandene Recht anerkennende, anſtatt daß bey den prätoriſchen Klagen die Befugniß dazu erſt durch des Prätors Macht begründet wurde. — Es würde auch unrichtig ſeyn, die formula in factum concepta, die hier als allgemeine Eigenſchaft aller prätoriſchen Klagen behauptet worden iſt, auf die perſönlichen Klagen dieſer Klaſſe beſchränken zu wollen, da ſie vielmehr auch bey den prätoriſchen in rem actiones angenommen werden muß (i[1]).

Die hier vorläufig angenommene Identität der beyden Gegenſätze (civile und prätoriſche Klagen, in jus und in factum) muß jedoch auf zwiefache Weiſe beſchränkt wer-

(h) § 5 *J. de act.* (4. 6.)

(i) § 1 *J. de perpet.* (4. 12.). Dieſes iſt richtig hervorgehoben von Francke Beiträge S. 5.

(i[1]) Die actio vectigalis war ohne Zweifel ſo gefaßt: Si paret A. A. conduxisse fundum a municipibus (*L.* 1 § 1 *L.* 3 *si ager vect.* 6. 3.); die superficiaria: Si paret, A. A. superficiem in perpetuum (oder: in annos XXX) conduxisse (*L.* 1 *pr.* § 1. 3 *de superf.* 43. 18); die hypothecaria: Si paret, Aulo Agerio rem pignori obligatam esse ab eo, cujus tum in bonis erat, neque redditam pecuniam esse (*L.* 6 *C. si al. res* 8. 16, *L.* 1 *C. si pign.* conv. 8. 34, *L.* 13 § 1 *de Sc. Vell.* 16. 1.). Alle dieſe Bedingungen gehen auf reine Thatſachen.

den. Erſtlich gab es prätoriſche Klagen, deren Faſſung zwar weſentlich in factum war, aber doch einen Übergang zu der Faſſung in jus in ſich ſchloß; dieſes waren manche der ſchon oben (§ 215) dargeſtellten utiles oder fictitiae actiones. Es wird dieſes anſchaulich werden durch das vollſtändigſte Formular, das von einer ſolchen Klage, der publiciana actio, bekannt iſt.

GAJUS IV. § 36. Iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, et reliqua.

Das Weſen dieſer Intentio iſt die rein thatſächliche Behauptung: Agerius hat den ſtreitigen Sklaven gekauft und tradirt bekommen. Dieſe hat aber folgenden beſonderen Zuſatz: der Judex ſoll zugleich prüfen, ob der durch die Tradition erworbene Beſitz ſo beſchaffen war, daß er durch einjährige Fortdauer in Römiſches Eigenthum übergegangen ſeyn würde. Dadurch bekommt die an ſich thatſächliche Intentio eine Färbung von jus, ſpielt alſo in die in jus concepta hinüber. Bedingung der Condemnation iſt eine Thatſache, die jedoch ſo beſchaffen ſeyn ſoll, daß ſie unter gewiſſen, jetzt nicht vorhandenen, Vorausſetzungen ein wirkliches Recht begründet haben würde.

Zweytens iſt ſchon erwähnt worden, daß die Civilklagen auch einer thatſächlichen Faſſung empfänglich waren (Note e). In der That gab es einige, wie es ſcheint nur wenige, Civilklagen, für welche im Edict zwey Formeln

zur Auswahl aufgestellt waren, in jus und in factum. Gajus giebt von dieser Varietät nur zwey Fälle an, depositi und commodati actio, erläutert aber diese durch vollständige Formulare (k).

Es entsteht aber nun die Frage, ob die Verschiedenheit der Formeln, die in jus oder in factum gefaßt waren, lediglich zum Römischen Gerichtsstyl gehörte, oder ob sich daran auch eigenthümliche Wirkungen knüpften, so daß ein praktisches Interesse damit verbunden war. Ein solches Interesse war wohl allerdings vorhanden, aber geringer, als es neuere Schriftsteller anzunehmen pflegen, so daß es hauptsächlich darauf ankommen wird, die unbegründeten Hypotheseu abzuwehren, die sich hier eingedrängt haben. Wären alle Civilklagen stets in jus, und nur die prätorischen in factum gefaßt worden, so ließe sich vielleicht annehmen, es hätte dadurch blos die oben dargestellte allgemeine Verschiedenheit des prätorischen Rechts von dem Civilrecht scharf ausgedrückt werden sollen, ohne verschiedene Folgen für die Parteyen; allein die Aufstellung von zwey Formularen bey manchen Klagen läßt nicht zweifeln, daß es wenigstens in manchen Fällen vortheilhafter für den Kläger seyn mußte, das eine Formular vorzugsweise vor dem andern zu wählen.

Ein ganz isolirter eigenthümlicher Erfolg der in jus

(k) Gajus IV. § 47. 60. In den Digesten finden sich mehrere Stellen, die sich augenscheinlich auf diese formulae in factum conceptae beziehen. *L.* 3 § 1 *commodati* (12. 6.), *L.* 1 § 16 § 40 *depositi* (16. 3.)

gefaßten Formel beſtand darin. Wenn die Klage in personam, zugleich auch ein legitimum judicium, und zugleich in jus gefaßt war, dann war die Klage durch die bloße Anſtellung ipso jure conſumirt, ſo daß ſie nie zum zweytenmal angeſtellt werden konnte; in allen anderen Fällen war eine wiederholte Anſtellung derſelben Klage zwar auch ausgeſchloſſen, aber nicht ipso jure, ſondern durch exceptio rei judicatae oder in judicium deductae (l). Von großer praktiſcher Erheblichkeit war dieſer Unterſchied freylich nicht.

Erheblicher ſchon war es, daß ein in väterlicher Gewalt lebender Sohn, wenn er ſelbſt zu klagen befugt und veranlaßt war, keine intentio in jus concepta aufſtellen konnte, da er nie zu behaupten im Stande war, er ſelbſt ſey Eigenthümer oder Glaubiger. Es ſcheint, daß gerade dieſer Umſtand die Aufſtellung von zwey Formularen zur Auswahl bey manchen Klagen veranlaßt hat. Gewöhnlich alſo klagte man wohl bey der depositi oder commodati actio mit einer formula in jus, wie es der Natur der Civilklagen angemeſſen war, wollte aber ein Sohn in väterlicher Gewalt ſolche Klagen anſtellen (wozu bey ihnen vorzugsweiſe Veranlaſſung für ihn ſeyn konnte), ſo mußte er die Formel in factum wählen (m).

(l) Gajus IV. § 107. Die anderen Fälle alſo, worin jene Exceptionen aushelfen mußten, waren: a) alle in rem actiones b) alle judicia quae imperio continebantur c) alle Prozeſſe mit einer formula in factum concepta.

(m) Vgl. Band 2. § 67. § 71. Note o. und Note t. — Auch zu einer Fictionsklage war ein Sol-

Es iſt möglich, daß auch noch andere Wirkungen mit jenem Unterſchied der Prozeßform verbunden waren, aber wir kennen ſolche nicht. Die Wirkungen, die man wohl in neuerer Zeit anzugeben verſucht hat, ſind ohne Grund, wie nunmehr gezeigt werden ſoll.

Vor Allem iſt die Anſicht zu verwerfen, nach welcher der Gebrauch beider Formeln dadurch beſtimmt ſeyn ſoll, ob der Streit auf die Wahrheit von Thatſachen gerichtet war (in factum), oder auf die rechtliche Beurtheilung unbeſtrittener Thatſachen (in jus) (n). Dazu kann höchſtens der Klang der Worte verleitet (o), bey genauerer Erwägung muß dieſe Annahme als völlig unhaltbar erſcheinen. Denn die allermeiſten Klagen hatten nur Eine formula, und doch hängt es von den zufälligen Umſtänden jedes einzelnen Rechtsfalles ab, ob gerade Thatſachen beſtritten werden oder nicht, ſo daß, wenn jene Annahme richtig wäre, jede Klage ohne Ausnahme mit zwey Formeln hätte verſehen ſeyn müſſen. Und wie hätte es endlich in den ſehr zahlreichen Prozeſſen gehalten werden ſol-

cher nicht fähig, denn man konnte z. B. bey der publiciana actio von ihm nicht ſagen, daß unter Vorausſetzung der vollendeten Uſucapionszeit Er Eigenthümer geworden ſeyn würde; er konnte es in keiner Zeit werden, ſo lange er filius familias blieb.

(n) Dieſes iſt die Meynung von Dupont in Comm. IV. Inst. Gaji, Leodii 1821. p. 71—76.

(o) Außer dem in den Worten jus und factum liegenden Schein täuſchte noch der Umſtand, daß in den beyden Formularen bey Gajus IV. § 47 die Worte Si paret nur für die Formel in factum gebraucht werden. Allein anderwärts kommen dieſelben Worte auch bey einer formula in jus concepta vor. Gajus IV. § 34. 41. 86. Cicero pro Roscio Comoedo C. 4.

len, worin über die Thatſache und das Recht zugleich geſtritten wird?

Mehr Schein hat die Meynung für ſich, nach welcher die Formel in factum gebraucht ſeyn ſoll, um dem Beklagten die Möglichkeit der Losſprechung vermittelſt freywilliger Reſtitution offen zu laſſen, wozu die Formel in jus keine paſſende Stelle darzubieten ſchien (p). Allein dieſe Meynung wird ſchon widerlegt durch die Eigenthumsklage, nämlich die petitoria formula, die gewiß in jus war (q), und dennoch ſtets den vorſorglichen Zuſatz nisi restituas hatte (r). Sie wurde dadurch veranlaßt, daß unter den beiden neben einander geſtellten Formularen der depositi actio, das in factum jenen Zuſatz offenbar hatte, das in jus ihn zu enbehren ſchien (s). Allein ſelbſt dieſer Schein iſt durch die Entdeckung verſchwunden, daß auch die erwähnte formula in jus concepta der depositi actio jenen ſchützenden Zuſatz allerdings hatte (t).

(p) Keller Litisconteſtation S. 358, Haſſe a. a. O. S. 33.

(q) Gajus IV. § 45. 92.

(r) Cicero in Verrem II. 12. *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.)

(s) Gajus IV. § 47.

(t) Nämlich bey Gajus IV. § 47. leſen die Ausgaben: Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato * * si non paret absolvito. Da, wo die Lücke bemerkt iſt, ſteht in der Handſchrift: N R, welches von Huſchke (Studien S. 316) aufgelöſt wird durch nisi restituat. Dieſe höchſt glückliche Conjectur wird völlig beſtätigt durch *L.* 1 § 21 *depositi* (16. 3.) „. . nec debere absolvi, *nisi restituat* . . . condemnandum te *nisi restituas*." (Vgl. auch *L.* 22 *in f. eod. L.* 3. § 3. *commodati* 13. 6.). Dieſes ſind augenſcheinlich wörtliche Anſpielungen auf die Faſſung der Formel, ſogar darin wörtlich zutreffend, daß ſie die Einrückung der Worte in die Condemnatio beſtätigen. Dieſe Anſpielung paßte

Endlich könnte man glauben, der Unterſchied ſey in dem höheren oder geringeren Grad juriſtiſcher Beurtheilung zu ſuchen, welcher dem Juder in jenen beiden Arten der Formeln zugemuthet und anvertraut wurde. Bey der depositi formula in jus hatte der Juder zu beurtheilen, ob und wie viel Einer dem Andern ſchuldig ſey (quidquid dare facere oportet), welches ohne einen gewiſſen Grad von Rechtskenntniß nicht möglich iſt. Dagegen hatte er bey derſelben Klage, wenn ſie in factum concipirt war, zunächſt nur die reine Thatſache zu beurtheilen, ob eine Sache deponirt und nicht zurückgegeben ſey (mensam deposuisse eamque redditam non esse), und dieſes Urtheil iſt ohne die geringſte Rechtskenntniß möglich; es kommt nur darauf an, aus welchen Elementen die Condemnatio bey dieſer letzten Formel beſtand. Dieſe lautete nun ſo: quanti *ea res erit*, tantam pecuniam condemnato. War das nun ſo gemeynt, daß ſtets der reine Sachwerth oder Marktpreis zuerkannt werden ſollte, ſo war auch hier alle juriſtiſche Beurtheilung völlig ausgeſchloſſen, da der Marktpreis von ganz anderen Perſonen als den Rechtskundigen zu erfahren iſt, und dadurch wäre jene verſuchte Unterſcheidung allerdings beſtätigt geweſen. Wenn dagegen der Sinn des quanti res erit nicht in dem Marktpreis,

aber nur auf die Formel in jus, nicht auf die in factum; denn obgleich dieſe dem Sinn nach Daſſelbe ausdrückte, ſo lauteten doch die Worte anders, nämlich ſo: eamque dolo malo .. redditam non esse, und dieſe Worte ſtanden nicht in der Condemnatio, ſondern in der Intentio.

ſondern in dem rechtsbegründeten Intereſſe, mit Erwägung aller Umſtände, beſtand, ſo iſt hier dem Judex genau dieſelbe juriſtiſche Beurtheilung, wie bey der Formel in jus, übertragen, da dieſes quanti interest auf dieſelbe Art zu ermitteln iſt, und zu demſelben Erfolg führt, wie das quidquid dare facere oportet, und nur wörtlich davon verſchieden iſt. Nun hat aber in der That jener Ausdruck die zweyte hier angegebene Bedeutung, nicht die erſte (u), ſo daß alſo auch dieſer letzte Verſuch einer durchgreifenden praktiſchen Unterſcheidung jener beiden Arten von Formeln gänzlich aufgegeben werden muß.

Die im Anfang dieſes §. aufgeſtellten Beyſpiele der bey den formulae in jus conceptae üblichen Intentio führen wieder zurück zu dem oben dargeſtellten Gegenſatz der in personam und in rem actiones (§ 206—209). Die in personam enthalten in ihrer Intentio ſtets die Behauptung eines Oportere, bezogen auf die dabey genannte Perſon des Beklagten, das heißt alſo die Behauptung einer auf dieſer Perſon ſchon jetzt laſtenden, durch das jus civile begründeten, Obligation; eben dieſe Eigenthümlichkeit iſt es, die durch den Ausdruck in personam bezeichnet wird. Die Intentio der in rem actio dagegen behauptet ſtets das abſolute Daſeyn eines, gleichfalls durch jus civile begründeten, Rechtsverhältniſſes außer einer ſolchen Obligation. Dieſe Unperſönlichkeit der Intentio iſt es, die hier

(u) Vgl. Beylage XII.

durch den Ausdruck in rem bezeichnet wird (§ 208. a), nicht die Beziehung auf eine beſtimmte Sache; dieſe Beziehung iſt gar nicht allgemein und nothwendig, denn es kam nur darauf an, daß nicht der Beklagte als ein zu condemnirender Schuldner ausgedrückt wurde (v).

Hieraus erklärt ſich zugleich, auf eine dem alten Formularprozeß eigenthümliche Weiſe, die bey den Theilungsklagen übliche Benennung: mixtae actiones (§ 209). Die formula derſelben war nämlich, mehr als bey anderen Klagen, zuſammengeſetzt. Sie hatte einen rein perſönlichen, auf Obligationen gerichteten, Beſtandtheil, mit dare facere oportere ex fide bona; daneben aber noch einen anderen Theil, adjudicatio genannt, welcher ſo lautete: Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (w). Dieſer Theil war unperſönlich gefaßt, mithin in rem (x); und ſo mußte man ſagen, die Formelfaſſung dieſer Klagen ſey zuſammengeſetzt aus in rem und in personam (y).

Ganz unrichtig aber würde es ſeyn, dieſe Bemerkung dahin wenden zu wollen, als wäre der Unterſchied der in personam und in rem actiones aus jener Formelfaſſung

(v) Gajus IV. 87. „cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur ... tantum enim intenditur, rem actoris esse. Die erſte (negative) Hälfte des Satzes beſtätigt das hier Geſagte, die zweyte (poſitive) iſt nur Beyſpiel, und widerſpricht daher meiner Behauptung nicht.

(w) Gajus IV. § 42.

(x) S. o. § 208. a, und § 216. v.

(y) So iſt zu verſtehen folgende Stelle, die wir wohl nicht mehr in ihrer urſprünglichen Geſtalt beſitzen mögen: *L.* 22 § 4 *fam. herc.* (10. 2.) „Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones."

entſprungen, und daher auch, ſeinem Weſen nach, mit ihr verſchwunden, ſo daß er jetzt als unnütz vermieden werden möchte. Gerade umgekehrt haben ſich die Formeln in der angegebenen Weiſe ausgebildet, um dem in dem inneren Weſen der Sache gegründeten Gegenſatz zum angemeſſenen Ausdruck zu dienen. Auch in unſrem heutigen Recht müſſen wir ſagen, daß das richterliche Urtheil über eine in rem actio zunächſt auf das Daſeyn oder Nichtdaſeyn eines Rechtsverhältniſſes gehe, und nur mittelbar und folgerungsweiſe auf die Verurtheilung des Beklagten zu beſtimmten Leiſtungen; anſtatt daß dieſe Verurtheilung bey der in rem actio der einzige Inhalt des Erkenntniſſes iſt. Ja, man kann ſagen, daß dieſer Unterſchied der über beide Hauptarten der Klagen zu fällenden Urtheile im Juſtinianiſchen Recht ſogar noch ſchärfer hervortritt, als zur Zeit des früheren Formularprozeſſes, da nun die Verurtheilung ſelbſt, gleich unmittelbar, auf die Anerkennung des ſtreitigen Rechts gerichtet wird, anſtatt daß ſie früher ſtets auf baares Geld zu richten war (§ 215. r), ſo daß ihr jene Anerkennung nur beyläufig eingemiſcht werden konnte, etwa als Motiv der auf eine Geldſumme gerichteten Verurtheilung (z).

Bey den formulae in factum conceptae, alſo bey al-

(z) In dieſer indirecten Weiſe kommt die Anerkennung des Rechts in der in rem actio, ſchon bey den alten Juriſten vor. *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5.) per sententiam non debet servitus constitui, *sed quae est declarari.*" *L.* 35 § 1 *de R. V.* (6. 1.) „judex sententia *declaravit meum esse.*" Dieſe, ohne Zweifel unverfälſchte, Stellen, haben im Juſtinianiſchen und heutigen Recht eine noch un-

len prätorischen Klagen, wurde der Unterschied der in rem und in personam actiones in den Ausdrücken der Intentio nicht sichtbar (aa). Dennoch ist auch bey den prätorischen Klagen dieser Unterschied stets anerkannt worden (bb), und es liegt also darin eine Bestätigung der eben aufgestellten Behauptung, daß dieser Unterschied nicht als eine Folge der verschiedenen Formelfassung (bey der Intentio in jus concepta), sondern vielmehr als Grund derselben, anzusehen ist.

§. 217.

Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae. (Forts.)

Bisher war von solchen Formeln in factum die Rede, die schon im Edict aufgestellt waren: die meisten ausschließend für gewisse Rechtsfälle, einige neben Formeln in jus, zur freyen Auswahl des Klägers zwischen beiden Formularen.

Außerdem aber wurden die Formeln dieser Art auch in großer Ausdehnung gebraucht, wo es darauf ankam, für ein neu wahrgenommenes Rechtsverhältniß eine Klage zu erfinden, also in Fällen, wofür das Edict gar keine Formel enthielt, so daß sie zur praktischen Erweiterung

mittelbarere und vollständigere Anwendung, als im Sinn ihrer Verfasser.

(aa) Eine prätorische Klage konnte daher in personam seyn, während der Ausdruck so gefaßt war, daß man sie für eine in rem actio hätte halten können. Vgl. § 208. a.

(bb) *L.* 1 § 1 *si ager vect.* (6. 3), *L.* 1 § 1 *de superfic.* (43. 18.). — Die meisten Präjudicien waren prätorisch (§ 216. a. und § 207. f.) und diese waren insgesammt in rem, wie auch ihre Formel ausgedrückt seyn mochte.

des Rechts dienten. Zu dieſem Zweck waren nun ſolche Formeln ſehr brauchbar, da jedes Recht ſtets auf irgend einer Thatſache beruhen muß, zu jenen Formeln aber nichts Anderes, als der Ausdruck einer Thatſache, mit einem daran geknüpften praktiſchen Erfolg, erfordert wurde.

Dieſes iſt nun die wahre Bedeutung der unzähligen, in unſren Rechtsquellen vorkommenden, actiones in factum; es waren Erweiterungen des praktiſchen Rechts, eingeführt durch formulae in factum conceptae, die gar nicht im Edict ſtanden, ſondern durch das Bedürfniß in einzelnen Fällen herbeigeführt wurden. Diejenigen unter ihnen, welche ſich auf häufig und gleichförmig wiederkehrende Fälle bezogen, wurden nachher in das Edict aufgenommen, und auf dieſem Wege ſind wohl alle im Edict ſtehende prätoriſche Klagen nach und nach in daſſelbe gekommen. Weder in der Abfaſſung aber, noch in der Wirkung, machte es irgend einen Unterſchied, ob eine ſolche Formel auch ſchon im Edict ſtand oder nicht.

So waren alſo in der That die actiones in factum, die wir in unſren Rechtsquellen ſo oft finden, mit den erſt durch Gajus bekannt gewordenen formulae in factum conceptae Eines und Daſſelbe, und dieſe Identität, die von Manchen mit Unrecht bezweifelt worden iſt, wird durch viele Stellen außer Zweifel geſetzt (a). Wenn ein-

(a) Gajus IV. § 106. 107 gebraucht beide Ausdrücke (formula in f. concepta und in factum agere) mit willkührlicher Abwechslung. — Eben ſo ſtellt Gajus IV. § 46 viele formulae in factum zuſammen, und dieſelben Klagen heißen in den Digeſten ſtets ac-

zelne Klagen dieser Art, die besonders häufig und wichtig waren, durch besondere Namen individualisirt wurden, bald nach ihrem Urheber, wie die Serviana des Pfandglaubigers (b), bald nach ihrem Entstehungsgrund, wie die actio doli, quod metus causa, vectigalis, constitutoria, hypothecaria, so geschah Dieses blos wegen der bequemeren Bezeichnung; auch diese Klagen waren und blieben darum nicht minder actiones in factum, oder formulae in factum conceptae.

Die hier aufgestellte Erklärung der actio in factum, in Verbindung mit der dadurch bewirkten praktischen Rechtsentwicklung, findet eine unmittelbare Bestätigung in Zeugnissen der alten Juristen (c). Diese sagen, die judicia prodita, die vulgares actiones (d), hätten für die im wirklichen Leben vorkommende Bedürfnisse nicht ausgereicht, und der Prätor habe daher nachgeholfen durch actiones in factum. Es wird hinzugesetzt, die Fälle eines solchen Bedürfnisses seyen von zweyerley Art: theils ganz neue, bisher gar nicht wahrgenommene, theils solche, die mit den bisher schon durch Civilklagen geschützten Fällen ver-

tiones in factum. *L.* 12 *de in jus voc.* (2. 4) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.). — *L.* 3 *pr. de eo per quem factum* (2. 10.). — *L.* 5 § 3 *ne quis eum* (2. 7.).

(b) Die Publiciana actio kann dahin nicht gerechnet werden, da sie eine Fictionsklage war (§ 215), also aus in jus und in factum gemischt (§ 216.). Denselben Character hatte die Rutiliana, und die für den bonorum emtor eingeführte Serviana. Gajus IV. § 35.

(c) *L.* 1 *pr. L.* 11 *de praescr. verbis* (19. 5.).

(d) Judicia *prodita* sind zunächst die im Edict stehenden, mit stehenden Formeln versehenen, Klagen; indessen erwähnt *L.* 11 *de*

wandt waren, worauf alſo die Civilklagen nur ausgedehnt zu werden brauchten (e).

Es ergiebt ſich hieraus, daß die actiones in factum in ihrem allgemeinen Zweck (der praktiſchen Rechtserweiterung) mit den oben erklärten utiles actiones überein kamen (§ 215). Wenn alſo das Bedürfniß einer Klage für neue Fälle entſtand, ſo konnte dieſes oft befriedigt werden durch die Einführung einer, an eine alte Civilklage angeſchloſſenen, Fictionsklage, und dieſes waren die eigentlichen utiles actiones. Es konnte aber auch in denſelben Fällen, und mit gleicher Wirkſamkeit, geſchehen durch eine actio in factum. Dieſe letzte Auskunft war die einzige in den weit zahlreicheren Fällen, worin entweder eine prätoriſche Klage (die ſchon ſelbſt in factum war) über ihre urſprüngliche Gränzen ausgedehnt, oder aber eine ganz neue Klage für ein früher gar nicht wahrgenommenes Rechtsverhältniß erfunden werden ſollte. Der allgemeine Name utilis actio, als Bezeichnung einer neuen, das Recht erweiternden Klage überhaupt (§ 215), paßte vollkommen auf dieſe zahlreichen in factum actiones, und damit ſtimmt es völlig überein, wenn in mehreren Stellen beide Bezeichnungen zu dem Namen einer utilis in factum actio

praescr. verbis (19. 5) auch actiones quae *legibus proditae* sunt. — *Vulgares* actiones ſind die bekannten, hergebrachten Klagen, alſo dem Sinne nach auch die im Edict ſtehenden. So ſteht vulgaris für directa (§ 215. a); in *L.* 42 *pr. de furtis* (47. 2) iſt es der Gegenſatz der actio noxalis, in *Vatic. fragm.* § 102 der Gegenſatz von actio de peculio.

(e) *L.* 11 *de praescr. verbis* (19. 5.).

vereinigt werden (f). Eine ſolche Klage war unſtreitig die hypothecaria, als Ausdehnung der urſprünglich für einen ſehr beſchränkten Fall eingeführten Serviana, und ſie heißt daher auch utilis Serviana, oder quasi Serviana.

Bey keiner Klage kommen dieſe Ausdrücke ſo häufig und abwechslend vor, als bey der actio Legis Aquiliae, deren urſprünglich ſehr enge Begränzung zu den mannichfaltigſten Ausdehnungen Veranlaſſung gab. Dieſe wurden ohne Zweifel oft durch eine eigentliche utilis actio, das heißt, durch eine Fictionsklage, bewirkt (g). Eben ſo oft

(f) *L.* 26 § 3 *de pactis dot.* (23. 4.). — „Utilis ... in factum." *L.* 7 § 1 *de religiosis* (11. 7) „utilem actionem in factum." — Pleonaſtiſch ſind dieſe Ausdrücke gerade nicht. In der zulezt angeführten Stelle ſagt das utilis, es ſey hier die ſchon im Edict ſtehende actio de religiosis auf einen neuen Fall ausgedehnt worden; der Zuſatz in factum drückt aus, daß nicht etwa der Name utilis im engeren Sinn, für eine Fictionsklage, ſo verſtanden werden dürfe. — Vieles Gute findet ſich über das Verhältniß dieſer Begriffe bey Mühlenbruch Ceſſion § 15, wo nur zu viele und ſubtile Unterſchiede angenommen werden, anſtatt daß bey den Römern ſelbſt die Begriffe und die Ausdrücke viel einfacher genommen zu ſeyn ſcheinen.

(g) Wenn der Fructuar der verlezten Sache klagen wollte, der nur eine utilis actio bekommen konnte (*L.* 11 § 10 *ad L. Aquil.* 9. 2), ſo mag die Formel etwa ſo gelautet haben: Si paret N. Negidium Stichum servum, in quo usufructus A. Agerii est, vulnerasse, ejusque rei causa, si is servus A. Agerii ex jure Quiritium esset, damnum decidere oportere, judex quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis, tantam pecuniam condemnato, si non paret absolvito. — Eine ſolche Fictionsklage mochte wohl blos in Fällen der hier bezeichneten Art vorkommen, nämlich in Fällen, worin die Klage dem Nichteigenthümer geſtattet wurde, der aber ein jus in re an der verlezten Sache hatte; wenn dagegen die Ausdehnung der Klage in der Beſchaffenheit der verletzenden Handlung lag (damnum non corpore datum), ſo paßte die Form der Fictionsklage nicht. Daß man jedoch den Ausdruck utilis actio auch in dieſen lezten Fällen

aber geſchah es durch eine in factum actio (h), und es hieng wahrſcheinlich meiſt vom Zufall ab, und war auch für den letzten Erfolg ganz gleichgültig, ob der eine oder der andere Weg eingeſchlagen wurde Es iſt daher keineswegs als widerſprechende oder ſchwankende Meynung anzuſehen, wenn in einem und demſelben Fall bald die utilis, bald die in factum actio erwähnt wird (i), da in der That ſchon zur Zeit des älteren Rechts Beides gleich richtig und für den Erfolg gleichgültig war; nicht zu gedenken, daß vollends im Juſtinianiſchen Recht, welches keine Formelnfaſſung mehr kennt, aller Unterſchied nur noch in den Namen liegt.

Von der hier behaupteten Identität der actio in factum mit der formula in factum concepta muß jedoch Eine

brauchte, zeigen die Stellen in Note i.

(h) Gewöhnlich heißt ſie blos in factum, zuweilen auch in factum Legi Aquiliae accommodata, oder ad exemplum Legis Aquiliae. *L.* 11 *pr. de praescr. verbis* (19. 5), *L.* 53 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(i) *L.* 51 *de furtis* (47. 2) verglichen mit *L.* 53 *ad L. Aquil* (9. 2.). — *L.* 9 § 3 *ad L. Aquil* (9. 2) verglichen mit *L.* 27 § 34 *eod.*, in welcher lezten Stelle, nach vielen anderen Zeugniſſen, hinzugedacht werden muß: *utilem* (L. Aqu. actionem); vgl. § 16 *J. de L. Aqu.* (4. 3.). — Nach dem Schluß der angeführten Inſtitutionenſtelle möchte man glauben, es habe zwey ungleichzeitige Stufen von Erweiterungen der a. L. Aquiliae gegeben: 1) durch utilis actio 2) wo auch dieſe nicht mehr ausreichte, durch in factum actio. Dieſer falſche Schein beruht aber nur auf der ungenauen Zuſammenfügung der Beſtandtheile jener Stelle, welche um ſo leichter möglich war, da die ganze Sache ſchon längſt im gangbaren Prozeß nicht mehr vorkam. Vgl. oben Band 1. § 45. Note d. Den neueren Juriſten hat die angeführte Stelle viele überflüſſige Noth gemacht.

entschiedene Ausnahme behauptet werden. Aus den Contracten, die von den Neueren Innominatcontracte genannt zu werden pflegen, entspringen unstreitig Civilklagen, und diese führen, mit ganz willkührlicher Abwechslung, die ihnen allen gemeinschaftlichen Namen: actio praescriptis verbis, und in factum civilis (k). Die Einrichtung dieser Klagen aber war folgende. Zuerst kam eine Demonstratio, die nicht so, wie bey anderen Klagen, den Hergang blos kurz andeutete (l), sondern ganz ausführlich, mit allen Umständen, erzählte, und eben dadurch das Klagrecht begründete (m). Da dieses eine wahre Demonstratio war, also vor der Intentio stand, so erklärt sich daraus der Name *praescriptis* verbis, der hier, wie bey den praescriptiones, nur zu dieser Stellung in der Formel passen

(k) In factum civilis. *L.* 1 § 1. 2 *L.* 5 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.). — Ist identisch mit praescriptis verbis. *L.* 1 § 2 *L.* 2 *pr. L.* 13 § 1 *L.* 22 *pr. L.* 24 *eod.*

(l) Diese Gestalt der bey anderen Klagen vorkommenden Demonstratio erhellt aus Gajus IV. § 36. 47. 136. 137.

(m) *L.* 6 *C. de transact.* (2. 4) „.. Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae *praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est." Demonstrat ist die unmittelbare Bezeichnung der Demonstratio, das Wesentliche aber liegt in dem rem gestam, das heißt der Erzählung aller einzelnen Thatsachen, so wie sie vorgefallen sind. — Großen Anstoß hat hier von jeher der Ausdruck *utilis* actio erregt, den man etwas gewaltsam in *civilis* hat emendiren wollen. Die natürlichste Erklärung ist wohl die. Man nahm früher an, daß der Innominatcontract in der (eben hier vorausgesetzten) Form facio ut des keine Civilklage hervorbringe (*L.* 5 § 3 *de praescr. verb.* 19. 5.). Indem nun hier dennoch eine solche Klage zugelassen wird, war diese eine utilis actio im Vergleich mit der früher beschränkteren Anwendung der Klage. Elvers neue Themis B. 1 S. 366.

konnte (n). Der Name in factum erklärt ſich aus der ausführlichen Erzählung der Thatſachen, wodurch dieſe Art der Klagen mit den formulae in factum *conceptae* Ähnlichkeit hatte, und zwar insbeſondere mit denjenigen unter ihnen, welche nicht ſchon im Edict ſpeciell aufgeſtellt waren, ſondern für das Bedürfniß vorkommender Fälle jedesmal neu erfunden wurden.

Hierauf folgte nun die auch bey vielen anderen Klagen übliche, ganz unbeſtimmte, Intentio in jus concepta: Quidquid eum ob eam rem dare facere oportet. Von ihr führt die Klage in ſehr vielen Stellen bald den Namen incerti actio, (wegen des unbeſtimmten Quidquid), bald civilis (wegen der juris civilis oder in jus Intentio), bald beide Namen vereinigt (o); einmal ſogar geradezu den Namen: civilis *intentio* incerti (p), welche Bezeichnung allein ſchon hinreicht, um jeden Zweifel über die Natur dieſer Formel zu beſeitigen. Ja auch ſchon der Name *incerti* actio würde keinen Sinn haben, wenn man jene Klage für eine formula in factum concepta halten wollte,

(n) Dieſes iſt richtig bemerkt von Haſſe a. a. O., S. 44.

(o) Civilis, ſ. o. Note k. — Incerti. *L.* 8 *L.* 9 *pr. de praescr. verb.* (19, 5), *L.* 19 § 2 *de prec.* (43. 26), *L.* 9 *C. de don.* (8. 54.). — Civilis incerti oder incerta. *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 16 *de praescr. verb.* (19. 5), *L.* 23 *comm. div.* (10. 3), *L.* 6 *C. de rer. perm.* (4. 64.). — In der angeführten *L.* 19 § 2 *de prec.* lieſt die Florentina: incerti *condictione*, ohne Zweifel unrichtig; die richtige Bononienſis: incerta *actione* ſteht im Cod. Rehd., in meiner Handſchrift, und in den Ausgaben: Rom. 1476. Norimb. 1483, Venet. 1483. Venet. 1485.

(p) *L.* 6 *pr. de praescr. verbis* (19. 5) „civili intentione incerti."

da die Erzählung, die nun die Intentio gebildet haben würde (§ 216), durchaus keine Unbestimmtheit in sich schließt.

Es ergiebt sich hieraus, daß diese actio in factum civilis in der That eine formula in jus concepta hatte, so leicht auch der Name über diesen Punkt täuschen kann (q). Zu dem schon aus dem Zusammenhang der angeführten Stellen für die Richtigkeit dieser Behauptung hervorgehenden Beweise kommen nun noch folgende einzelne bestätigende Zeugnisse hinzu. — Nach den Institutionen ist die hier erwähnte Klage bonae fidei (r); wir wissen aber aus Gajus, daß die mit diesem Character versehenen Klagen eine Intentio in jus concepta hatten in folgender Fassung: Quidquid eum dare facere oportet *ex fide bona* (s); die Intentio in factum concepta war zu diesem Zusatz, worauf sich doch der Name jener Klasse von Klagen gründete, durchaus nicht geeignet (t). — Wenn Sejus dem Titius den Sklaven Stichus gab, damit Titius den Sklaven Pamphilus frey lasse, Titius auch seine Verbindlichkeit

(q) Die hier aufgestellte Lehre ist schon von Anderen auf überzeugende Weise vorgetragen worden. Keller Litiscontestation S. 252. 253. Hasse a. a. O., S. 41 — 46. G. E. Heimbach Bedeutung der in factum actio in Linde's Zeitschrift B. 11 S. 285 fg. — Vorsichtig gewählt war allerdings der Ausdruck in factum civilis nicht, da er so leicht zu der Verwechslung dieser Klagen mit der formula in factum concepta einiger Civilklagen (§ 216. k) verleiten konnte, womit sie doch in der That gar Nichts gemein hatten.

(r) § 28 J. de act. (4. 6.).

(s) Gajus IV. § 47.

(t) Die Worte ex fide bona enthalten die nähere Bestimmung und Einschränkung des oportet, das heißt des in der Verpflichtung liegenden Rechtsverhältnisses; dagegen hätte es keinen Sinn gehabt, der reinen Thatsache: Si paret Agerium mensam deposuisse den Zusatz ex fide bona zu geben.

erfüllte, und ihm nun der Sklave von einem Dritten evincirt wurde, ſo fragte es ſich, welche Entſchädigungsklage Titius gegen Sejus wegen dieſer Eviction habe. Der Juriſt Julian fand eine in factum actio nöthig; darüber wird er von Maurician und Ulpian getadelt, weil die regelmäßige civilis incerti actio für dieſen Zweck zuläſſig, alſo die Aushülfe durch eine in factum actio nicht nöthig ſey (u). Der Gegenſatz, welcher dieſem Tadel zum Grunde liegt, hat augenſcheinlich den Sinn, daß die Civilklage, die Ulpian für zuläſſig und ausreichend erklärt, eine Intentio in jus concepta hatte; wäre auch ſie in factum concepta geweſen, ſo war gar kein wahrer Gegenſatz gegen die Meynung des Julian vorhanden, alſo auch keine Veranlaſſung zum Tadel (v). — Endlich bezeugt ein Schoſiaſt zu den Baſiliken ausdrücklich, daß die Klagen, von welchen hier die Rede iſt, außer der Demonstratio noch eine beſondere Intentio hatten, worauf endlich die Condemnatio folgte (w).

(u) *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14) „.. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: Julianus scribit in factum actionem a Praetore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis suficere."

(v) Der bloße Gegenſatz der Civilklage und der prätoriſchen an ſich ſelbſt kann nicht gemeynt ſeyn, da dieſer in der Formel gar nicht ſichtbar wurde; die Abfaſſung der Intentio (in jus oder in factum) konnte allein einen ſichtbaren Unterſchied darbieten, und zu einem Tadel Gelegenheit geben.

(w) Schol. Basil. Vol. 1 p. 559. 560 ed. Heimbach; vgl. A. E. Heimbach a. a. O., S. 290.

§. 218.

Arten der Klagen. Judicia, arbitria. Stricti juris, bonae fidei (*).

Die bisher versuchte Darstellung der älteren Klagformen sollte den Weg bahnen zum Verständniß einiger Arten der Klagen, deren wichtige Verschiedenheiten noch im Justinianischen Recht sehr häufig erwähnt werden. Es sind dieses die stricti juris und bonae fidei actiones, die Condictionen, und die arbitrariae actiones.

Cicero sagt, es gebe überhaupt zweyerley Klagen, judicia und arbitria (a). In jenen werde der Rechtsstreit streng und buchstäblich behandelt, in diesen milde und mit freyer Rücksicht auf Billigkeit. Gleich nachher scheint er denselben Gegensatz durch die Ausdrücke judicia legitima und arbitria honoraria zu bezeichnen (b). In anderen

(*) Vgl. hierüber im Allgemeinen die Beylagen XIII. XIV. Es dürfte zum leichteren Verständniß der Sache beytragen, die ausführlichen Beylagen zuerst zu lesen, da die zusammengedrängte Darstellung in diesem und den folgenden Paragraphen, ihrer Natur nach, weniger faßlich ausfallen muß.

(a) Cicero pro Roscio Comoedo C. 5 „Aliud est judicium, aliud arbitrium ... Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: Si paret HS. IOOO dari oportere .. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: Quantum aequius et melius, id dari.

(b) Cicero ib. C. 5 „perinde ac si in hanc formulam omnia *judicia legitima*, omnia *arbitria honoraria*, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus." Diese rhetorische Stelle macht offenbar keinen Anspruch auf wissenschaftliche Präcision, der Sinn aber ist dieser: „alle judicia, das heißt die Civilklagen, eben so alle arbitria, das heißt die prätorische Klagen." Die Beywörter haben also eine erklärende, nicht ein-

Stellen bezeichnet er ſolche Klagen, die gewiß unter die angeführten arbitria gehören, als judicia (oder arbitria), in quibus *ex fide bona* est additum, das heißt deren formula die hier angegebenen Worte, oder auch andere von ähnlichem Sinn, als characteriſtiſchen Zuſatz in ſich ſchlöſſen (c).

Ganz derſelbe Gegenſatz, auch in gleicher Allgemeinheit, wird einmal von Seneca erwähnt, hier aber mit einer ſehr wichtigen näheren Beſtimmung, die über die angeführten Ausdrücke Aufſchluß giebt, und die nun zufällig bey Cicero nicht ausgedrückt iſt (d). Es wurden nämlich

ſchränkende Bedeutung, und es iſt dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß es auch ſehr viele und wichtige Civilklagen gab, die arbitria waren, wie ſogleich aus anderen Stellen des Cicero bemerkt werden wird. Ganz verwerflich würde es ſeyn, dieſe judicia legitima, deren Bedeutung durch den Gegenſatz der arbitria honoraria unzweifelhaft wird, mit den legitimis judiciis bey Gajus IV. §103—105 in irgend eine Verbindung zu bringen; Gajus ſelbſt hat im § 109 jeder hierin möglichen Verwechslung ſorgfältig vorgebaut.

(c) Cicero top. C. 17 „In omnibus igitur iis *judiciis*, in quibus *ex fide bona est additum*: ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier*: in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est: *quid aequius melius.*" — Cicero de offic. III. 15 „*judiciis* in quibus additur *ex fide bona*;" III. 17 „in omnibus iis *arbitriis*, in quibus adderetur *ex fide bona.*"

(d) Seneca de beneficiis III. 7 „Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad *judicem*, quam si ad *arbitrum* mittatur: quia illum *formula includit*, et certos quos non excedat terminos ponit; hujus *libera, et nullis adstricta vinculis religio*, et detrahere aliquid potest et adjicere ..... ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi *judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit.*" — Merkwürdigerweiſe hat ſich die wörtliche Erwähnung dieſes Unterſchieds in der Perſon der Urtheiler noch in einer Stelle von Juſtinians Inſtitutionen erhalten, obgleich ſie hier keinen Sinn mehr hatte. § 1 *J. de act.*

periodiſch Liſten beſonders ausgewählter Richter verfertigt und öffentlich aufgeſtellt (das album). Dabey waren öftere Veränderungen wahrzunehmen theils in der Anzahl, theils in den Bürgerklaſſen, woraus die Richter ausſchlieſſend genommen werden mußten (e). Die Perſon des Urtheilers ſtand nun mit jener Verſchiedenheit der Klagen in der Verbindung, daß das judicium nur vor einem aus dem album genommenen Judex möglich war, anſtatt daß über ein arbitrium zu urtheilen Jeder berufen werden konnte, ohne Unterſchied ob er im album ſtand oder nicht (f). Über

(4. 6.). „Omnium actionum, quibus inter aliquos *apud judices arbitrosve* de quacumque re quaeritur" etc.

(e) Vgl. Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 § 10.

(f) Cicero pro Cluentio C. 43 ſagt, alle Judices erhielten ihre Gewalt nur durch die freye Einſtimmung der Parteyen; mit der Allgemeinheit dieſes Satzes ſind aber doch Verſchiedenheiten in der Art und dem Grad dieſer mitwirkenden Einſtimmung wohl vereinbar. Wenn in dem judicium der Prätor oder das Loos eine Anzahl Namen aus dem album auswählte, und nun jede Parey eine beſtimmte Quote derſelben verwerfen konnte, ſo lag ſchon darin eine gewiſſe Einſtimmung in die Übrigbleibenden, aus welchen dann vielleicht Einer durch das Gutdünken des Prätors zum Judex ernannt wurde; dagegen kam vielleicht bey dem arbitrium eine poſitive und individuelle Übereinkunft vor, worauf zu deuten ſcheint *L.* 57 *de re jud.* (42. 1.) Valer. Max. II. 8. 2. — Wahrſcheinlich ernannte der Kläger den arbiter, welchen dann der Beklagte verwerfen konnte. Valer. Max. VIII. 1. 2. „Calpurnius .. Catonem .. arbitrum Claudio *addixit*." Doch heißt es in derſelben Geſchichte bey Cicero de off. III. 16 adegit, und eben ſo pro Roscio 9. Dagegen ſagt auch Cicero de or. II. 65. 70 judicem alicui *ferre*. — Ganz irrig würde es ſeyn, ſich die Sache ſo vorzuſtellen, als wären die im album verzeichneten Richter gerade die Beſſeren, Zuverläſſigeren geweſen, ſo daß man ſich bey den arbitriis mit Geringeren begnügt hätte. Je nach dem Übergewicht der politiſchen Parteyen wurden öfter gerade die Vornehmſten vom album ausgeſchloſſen; ferner wurden ohne Zweifel die zahlreichen Obrigkeiten des lau-

den Sprachgebrauch aber iſt zu bemerken, daß die Ausdrücke judex und judicium mit willkührlicher Abwechslung gebraucht werden, bald um allein das oben beſchriebene judicium im engeren Sinn zu bezeichnen (Note a. b. d), bald als generiſche Bezeichnung, unter welcher auch die arbitria begriffen ſind (g). Ein ähnliches Schwanken kommt bey den Ausdrücken arbiter und arbitrium nicht vor, welche ganz gewiß nur bey den Prozeſſen der freyeren Art gebraucht werden (h).

Faſſen wir dieſes Alles zuſammen, ſo gab es im alten Prozeß zweyerley Klagen, die wir, der Kürze wegen, ſtrenge und freye nennen wollen. Die Verſchiedenheit im Verfahren, das heißt die mehr oder weniger freye Macht, die dem urtheilenden Judex überlaſſen war, hieng aber zuſammen mit der perſönlichen Eigenſchaft deſſelben,

fenden Jahres, die doch ſtets arbitri ſeyn konnten, nicht in das album geſetzt; endlich durfte der arbiter eben ſowohl aus dem album, als außer demſelben, gewählt werden.

(g) Dieſes erhellt ganz klar aus den Stellen des Cicero Note c. Ferner gebraucht Gajus IV. § 163 die Ausdrücke judex und arbiter ganz abwechſlend, vielleicht dem bloßen Wohllaut folgend (z. B. judicis arbitrio). In den Formeln derjenigen Klagen, die gewiß arbitria waren, kommt ſtets judex esto vor, nie arbiter esto; nur bey Mehreren heißt es: recuperatores sunto (Gajus IV. § 46. 47.), nicht: judices oder arbitri sunto. Es war alſo nicht etwa nachläſſiger Sprachgebrauch der Schriftſteller, ſondern die herrſchende Gerichtsſprache. Wenn daher geſtritten wurde, ob es beſſer ſey judex oder arbiter zu ſagen (Cicero pro Murena C. 12), ſo darf dieſem Streit wohl nur eine theoretiſche, ſprachverbeſſernde, Bedeutung zugeſchrieben werden.

(h) In ganz anderer Beziehung freylich iſt auch der Ausdruck arbiter zweydeutig, indem er nicht blos den Urtheiler in einer freyen Klage, ſondern auch den außergerichtlichen Schiedsrichter bezeichnet.

indem er bey den strengen Klagen nur aus dem öffentlich aufgestellten Richterverzeichniß, bey den freyen aber ohne diese Einschränkung gewählt werden durfte.

Merkwürdigerweise kommt die hier dargestellte Eintheilung der Klagen in dieser Allgemeinheit, wörtlich anerkannt, in dem ganzen Umfang unsrer Rechtsquellen nicht vor; sie erscheint jedoch hier, sorgfältig ausgebildet, in einem engeren Kreise von Klagen, als stricti juris und bonae fidei actiones. Es würde unrichtig seyn, deshalb anzunehmen, daß sie sich überhaupt in diesen engeren Kreis zurückgezogen hätte, und für die übrigen Klagen verschwunden wäre; vielmehr wird unten gezeigt werden, daß sie ihre allgemeine Bedeutung und Wichtigkeit während des ordo judiciorum stets behauptet hat, so daß die eingetretene Veränderung mehr den vorherrschenden Sprachgebrauch, als die Sache selbst, betroffen zu haben scheint.

Um nun diesen wichtigen Gegensatz, so wie er in unsren Rechtsquellen erscheint, vollständig zur Anschauung zu bringen, ist es nöthig, eine Übersicht aller Klagen voran zu stellen, und dabey vorläufig zu bemerken, wie sich dieselben zu jenem Gegensatz verhalten. Die genauere Erörterung dieser vorläufigen Behauptungen wird dann der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen seyn. Es gründet sich aber die folgende tabellarische Übersicht auf die schon entwickelten Begriffe der civilen und prätorischen Klagen (§ 213), der Klagen in rem und in personam (§ 206—209),

endlich der aus Delicten entſpringenden oder Pönalklagen (§ 210—212.).

I. Civiles actiones.

1. In personam.

A. Aus Rechtsgeſchäften (Contracten und Quaſicontracten) (i). Auf dieſe allein bezieht ſich die Eintheilung in:

a. Stricti juris, auch condictiones genannt. Sie ſind ſtrenge Klagen (judicia).

b. Bonae fidei. Sie ſind freye Klagen (arbitria).

B. Aus Delicten, alſo Pönalklagen. Sie ſind Judicia.

2. In rem. Insgeſammt arbitria.

II. Honorariae actiones. Insgeſammt arbitria, ohne Unterſchied ob ſie in rem oder in personam ſind, und ob dieſe letzten aus Rechtsgeſchäften oder aus Delicten entſpringen.

Es beſchränkt ſich demnach der Gegenſatz der stricti juris und bonae fidei actiones auf den engeren Kreis derjenigen Civilklagen, welche in personam ſind, und zugleich

(i) Es iſt alſo derſelbe Begriff, welcher auch ſchon bey den Römern durch den gemeinſamen Namen contractus bezeichnet wird. Vgl. *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.). Man darf ſich nicht durch Streben nach Vollſtändigkeit verleiten laſſen, nun auch den unten folgenden Delicten die Quaſidelicte zu coordiniren; denn theils ſind dieſe ſehr unbedeutend, anſtatt daß die Quaſicontracte zahlreich und wichtig ſind, theils finden ſich darunter keine dem alten Civilrecht angehörende Fälle; ſie erzeugen nur prätoriſche Klagen.

aus Rechtsgeſchäften entſpringen. Allen übrigen Klagen dürfen jene Namen nicht beygelegt werden, allein der praktiſche Character, welcher ſie unterſcheidet, indem die einen ſtrenge, die anderen freye Klagen ſind, findet ſich bey allen übrigen Klagen wieder, und zwar dergeſtalt, daß die allermeiſten derſelben unter die freyen, nur ſehr wenige unter die ſtrengen Klagen gehören.

Da übrigens der ganze hier behandelte Gegenſatz vorzugsweiſe auf die Beſchaffenheit und die Macht des Juder Beziehung hatte, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß derſelbe nur für die ordinaria judicia Bedeutung haben konnte, indem in den extraordinariis ein von der Obrigkeit verſchiedener Juder gar nicht vorkam.

§. 219.

Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei.

Als Mittelpunkt dieſes ganzen Klagenſyſtems ſind die perſönlichen Civilklagen aus Rechtsgeſchäften zu betrachten, ſo daß ſich die beſtimmteſten und reichhaltigſten Kunſtausdrücke ausſchließend auf ſie beziehen, die übrigen Klagen aber nach ihrer Analogie behandelt werden.

Jenen contractlichen Civilklagen liegt aber folgender Gedanke zum Grunde. Das erſte und dringendſte Bedürfniß für den geordneten Rechtszuſtand iſt der richterliche Schutz des Eigenthums und der ihm verwandten Rechte. Der in dieſem Schutz des Berechtigten begründete Zwang

gegen die Freyheit der Andern äußert ſich abwehrend, wiederherſtellend, alſo auf eine meiſt negative Weiſe. Auch wird dieſe Art des Schutzes großentheils hinreichen, um in dem Verkehr der Menſchen unter einander eine rechtliche Ordnung zu erhalten; ſoweit er hinreicht, bedarf es eines Zwanges zu poſitiven Handlungen nicht, und ſoll dieſer dennoch angewendet werden, ſo kann die Rechtfertigung deſſelben nur in der beſonders nachgewieſenen Unentbehrlichkeit liegen.

Wenn zum Beyſpiel Einer ſein Haus vermiethet, und der Miether die Rückgabe verweigert, ſo kann zum Schutz gegen dieſes Unrecht ſchon die Eigenthumsklage genügen. Gegen die Verweigerung des Miethgeldes freylich ſchützt dieſe Klage nicht, und dadurch wird dennoch eine wohlbegründete Erwartung des Vermiethers geſtört; eben ſo verhält es ſich mit dem Inhalt der meiſten anderen Verträge. Dieſe Erwartungen nun ſtehen zunächſt unter dem Schutz der bey rechtlichen Menſchen geltenden Sitte, und dieſer Schutz, ſelbſt ohne äußere Unterſtützung, iſt ſtärker, als man in blos juriſtiſcher Betrachtung anzunehmen geneigt ſeyn mag. Es iſt hier nicht die Rede von edler Geſinnung, Grosmuth, Aufopferung, auf welche durchſchnittlich zu rechnen nie gerathen ſeyn möchte; zur Beobachtung jener Sitte kann ſchon verſtändige Selbſtſucht antreiben, da auf ihr das ſchwer zu entbehrende Zutrauen Anderer beruht. Wir bezeichnen dieſen Zuſtand als Treue und Glauben, die Römer nennen ihn bona fides.

Von dieſem Standpunkt aus können wir ſagen: die Erhaltung unſres Vermögens wird uns durch die Eigenthumsklage geſichert, die Erwartung, die wir von der Handlung eines Andern zu faſſen in Folge ſeiner eigenen Erklärung berechtigt ſind, wird geſichert durch Treue und Glauben.

Dennoch reichen wir damit nicht aus, wie mäßig auch unſre Anſprüche an die äußere Unterſtützung des Rechtszuſtandes ſeyn mögen. Zwar wenn ich dem Andern mein Haus vermiethe, ſo ſchützt mich gegen Verminderung meines Vermögens, unabhängig von ſeiner Redlichkeit, die Vindication; wenn ich ihm aber Geld leihe, ſchützt ſie mich nicht. Indem ich ihm das Eigenthum des Geldes überließ, habe ich zu ſeinem Vortheil freywillig auf den Schutz durch Vindication verzichtet; zahlt er nun das Geld nicht zurück, ſo wird mir nicht blos, wie bey dem verweigerten Miethgeld, eine Erwartung geſtört, ſondern mein urſprüngliches Vermögen iſt bleibend vermindert, und zwar lediglich in Folge des von mir gewährten höheren Vertrauens. Dieſes höhere Vertrauen führt alſo eine größere Gefahr mit ſich, und Beide vereinigt geben mir den Anſpruch auf ſtrengen richterlichen Schutz, ähnlich dem Schutz des Eigenthums.

Das Darlehen iſt der einfachſte, einleuchtendſte Fall der Unentbehrlichkeit eines ſolchen Schutzes durch perſönliche Klage; allein an denſelben reihen ſich, in natürlicher Entwicklung, andere verwandte Fälle an, die daher eines

gleichartigen Schutzes theilhaftig werden müſſen. Denn der abſtracte Grund, weshalb hier dem Darlehen ein Schutz höherer Art als anderen Verträgen gewährt wurde, lag in dem Umſtand, daß ohne dieſen Schutz mein Vermögen zum Vortheil eines Andern ohne Rechtsgrund vermindert ſeyn würde; conſequenterweiſe werden wir alſo auch in anderen Fällen, worin nur dieſes abſtracte Verhältniß wahrgenommen wird, denſelben Schutz zu geſtatten haben. So geſchieht es in der That, wenn mein Eigenthum den andern bereichert, nicht in Folge meines ihm gewährten Vertrauens, wohl aber in Folge einer irrigen Handlung (condictio indebiti), oder in Folge eigenmächtiger Handlung des Bereicherten, oder auch eines bloßen Zufalls. Vermittelſt dieſer natürlichen Entwicklung ſind mit der Klage aus dem Darlehen auf gleiche Linie geſtellt worden die condictio indebiti, sine causa, furtiva u. ſ. w. (a).

Eine zweyte, ſchon etwas künſtlichere, Erweiterung jenes Schutzes liegt auf folgendem Wege. Wenn zwiſchen mir und einem Andern ein Rechtsverhältniß der Art beſteht, welche an ſich nur durch Treue und Glauben geſchützt zu ſeyn pflegt, wir einigen uns aber dahin, daß dafür unter uns ein ſtrenger richterlicher Schutz gelten ſoll, gleichartig dem, welcher durch das anvertraute Eigengenthum von ſelbſt entſteht, ſo kann es nur zur Förderung und Belebung des Verkehrs gereichen, daß eine ſolche Einigung

(a) Beylage XIV. Num. IV—VIII.

Wirksamkeit erhalte. Es wird dann nur darauf ankommen, solche Formen anzuwenden, wodurch das Daseyn und der Ernst jener Einigung außer Zweifel gesetzt werde. Die natürlichste Einrichtung einer solchen Form wird darauf gerichtet seyn, daß die innere Verwandschaft mit den oben dargestellten Fällen, insbesondere mit dem Darlehen, sichtbar hervortrete. Hierauf beruht die mit dem Darlehen völlig gleichartige Wirkung der expensilatio und stipulatio, so wie der alten nexi obligatio (b).

Nun aber ist es nöthig, diejenigen Rechtsgeschäfte, von welchen oben gesagt wurde, daß sie nur durch Treue und Glauben geschützt werden, noch genauer in's Auge zu fassen. Lediglich dabey stehen zu bleiben, wird durch die Rücksicht auf solche Personen bedenklich, welche geneigt seyn möchten, sich der schützenden Sitte völlig zu entziehen. Möchten Diese auch für die Zukunft durch das verscherzte Zutrauen vielleicht größeren Nachtheil erleiden, so würden sie doch im einzelnen Fall einen augenblicklichen, sehr unverdienten, Gewinn ziehen können, und auch schon darin würde eine Störung der Rechtsordnung, wenngleich von minderer Art, liegen. Dadurch aber treten diese Fälle in eine gewisse Verwandtschaft mit den oben dargestellten, durch streng richterlichen Schutz zu sichernden Fällen, ohne jedoch völlig gleichartig mit ihnen zu werden.

Die Römer haben diese Verwandtschaft, und die noch daneben bestehende Verschiedenheit, in folgender Weise an-

(b) Beylage XIV. Num. IX. X.

erkannt. Der ſtrenge Schutz durch eigentliches Richteramt ſoll nur gelten für die zuerſt dargeſtellte Klaſſe von Fällen. Wenn aber in den Fällen, welche eigentlich nur unter dem Schutz redlicher Sitte ſtehen, unter zwey Perſonen eine Meynungsverſchiedenheit entſteht, ſo daß Jeder das Recht auf ſeiner Seite zu haben glaubt, ſo werden ſie ſich, die Möglichkeit des Irrthums in der eigenen Perſon und in dem Gegner anerkennend, über einen unpartheyiſchen Schiedsrichter einigen, deſſen Ausſpruch ſie unter ſich als das wahre Recht gelten laſſen wollen. Dieſe Auskunft iſt dem natürlichen Verhältniß redlicher Menſchen ſo angemeſſen, daß ſie keiner verweigern kann, ohne ſich dem Verdacht eines Unrechts mit Bewußtſeyn auszuſetzen. Daher wird in ſolchen Fällen Jeder genöthigt, zu dieſer Auskunft die Hand zu bieten. Der unter Mitwirkung beider Theile ernannte Schiedsrichter hat nun nicht, wie der eigentliche Richter, feſtzuſtellen, was das ſtrenge Recht gebiete, ſondern was im vorliegenden Fall, nach redlicher Sitte, von ſelbſt und ohne Zwang zu beobachten ſey (c).

Das, was hier, von dem Standpunkt allgemeiner Betrachtung aus, auch in allgemeine Ausdrücke gefaßt worden iſt, erſcheint nun bey den Römern in folgender concreten Geſtalt (§. 218.). In den Fällen, worin eine ſtrenge Forderung, dem ſtrengen Recht des Eigenthums ähnlich, begründet iſt, kann Dieſelbe durch eine stricti juris actio, häufiger condictio genannt, geltend gemacht werden. Über

(c) Beylage XIII. Num. XIII.

Dieſelbe entſcheidet ein Juder, aus dem allgemeinen Nichterverzeichniß genommen. Für die übrigen Fälle dagegen gilt eine bonae fidei actio, und darüber wird durch einen von den Parteyen gewählten Arbiter (oder durch Mehrere) entſchieden. Der Juder vertritt lediglich die Stelle des Prätors, und muß ſich daher in den buchſtäblichen Gränzen halten, die ihm der Auftrag des Prätors vorſchreibt. Der Arbiter hat die unter rechtlichen Menſchen herrſchende Sitte zu interpretiren, und urtheilt daher mit größerer Freyheit, indem ſich der Prätor, ihm gegenüber, auf eine allgemeinere Leitung des Verfahrens beſchränkt.

Dieſe verſchiedene Macht des Juder und des Arbiter beruhte daher auf ihrer ganz verſchiedenen Stellung zu den Parteyen und zur Obrigkeit, und dabey lag wieder zum Grunde die verſchiedene Grundanſicht in der Betrachtung beider Klaſſen von Rechtsgeſchäften. Es würde alſo irrig ſeyn, dieſe Verſchiedenheit als eine abſichtliche Begünſtigung des Klägers bey der einen oder andern Klaſſe der Klagen anſehen zu wollen, da jede derſelben eigenthümliche Vortheile und Nachtheile für den Kläger mit ſich führte, welche aber nicht als Zweck der ganzen Einrichtung angeſehen werden dürfen (d).

Unter den Condictionen wurden drey Klaſſen, ſowohl durch die Formeln im Prozeß, als durch wichtige praktiſche Regeln, unterſchieden. Die erſte, beſonders ausgezeichnete, Klaſſe bildete die certi condictio, auch si cer-

(d) Beylage XIII. Num. II. III. IV.

den Sprachgebrauch aber iſt zu bemerken, daß die Ausdrücke judex und judicium mit willkührlicher Abwechslung gebraucht werden, bald um allein das oben beſchriebene judicium im engeren Sinn zu bezeichnen (Note a. b. d), bald als generiſche Bezeichnung, unter welcher auch die arbitria begriffen ſind (g). Ein ähnliches Schwanken kommt bey den Ausdrücken arbiter und arbitrium nicht vor, welche ganz gewiß nur bey den Prozeſſen der freyeren Art gebraucht werden (h).

Faſſen wir dieſes Alles zuſammen, ſo gab es im alten Prozeß zweyerley Klagen, die wir, der Kürze wegen, ſtrenge und freye nennen wollen. Die Verſchiedenheit im Verfahren, das heißt die mehr oder weniger freye Macht, die dem urtheilenden Juder überlaſſen war, hieng aber zuſammen mit der perſönlichen Eigenſchaft deſſelben,

fenden Jahres, die doch ſtets arbitri ſeyn konnten, nicht in das album geſetzt; endlich durfte der arbiter eben ſowohl aus dem album, als außer demſelben, gewählt werden.

(g) Dieſes erhellt ganz klar aus den Stellen des Cicero Note c. Ferner gebraucht Gajus IV. § 163 die Ausdrücke judex und arbiter ganz abwechſlend, vielleicht dem bloßen Wohllaut folgend (z. B. judicis arbitrio). In den Formeln derjenigen Klagen, die gewiß arbitria waren, kommt ſtets judex esto vor, nie arbiter esto; nur bey Mehreren heißt es: recuperatores sunto (Gajus IV. § 46. 47.), nicht: judices oder arbitri sunto. Es war alſo nicht etwa nachläſſiger Sprachgebrauch der Schriftſteller, ſondern die herrſchende Gerichtsſprache. Wenn daher geſtritten wurde, ob es beſſer ſey judex oder arbiter zu ſagen (Cicero pro Murena C. 12), ſo darf dieſem Streit wohl nur eine theoretiſche, ſprachverbeſſernde, Bedeutung zugeſchrieben werden.

(h) In ganz anderer Beziehung freylich iſt auch der Ausdruck arbiter zweydeutig, indem er nicht blos den Urtheiler in einer freyen Klage, ſondern auch den außergerichtlichen Schiedsrichter bezeichnet.

indem er bey den ſtrengen Klagen nur aus dem öffentlich aufgeſtellten Richterverzeichniß, bey den freyen aber ohne dieſe Einſchränkung gewählt werden durfte.

Merkwürdigerweiſe kommt die hier dargeſtellte Eintheilung der Klagen in dieſer Allgemeinheit, wörtlich anerkannt, in dem ganzen Umfang unſrer Rechtsquellen nicht vor; ſie erſcheint jedoch hier, ſorgfältig ausgebildet, in einem engeren Kreiſe von Klagen, als stricti juris und bonae fidei actiones. Es würde unrichtig ſeyn, deshalb anzunehmen, daß ſie ſich überhaupt in dieſen engeren Kreis zurückgezogen hätte, und für die übrigen Klagen verſchwunden wäre; vielmehr wird unten gezeigt werden, daß ſie ihre allgemeine Bedeutung und Wichtigkeit während des ordo judiciorum ſtets behauptet hat, ſo daß die eingetretene Veränderung mehr den vorherrſchenden Sprachgebrauch, als die Sache ſelbſt, betroffen zu haben ſcheint.

Um nun dieſen wichtigen Gegenſatz, ſo wie er in unſren Rechtsquellen erſcheint, vollſtändig zur Anſchauung zu bringen, iſt es nöthig, eine Überſicht aller Klagen voran zu ſtellen, und dabey vorläufig zu bemerken, wie ſich dieſelben zu jenem Gegenſatz verhalten. Die genauere Erörterung dieſer vorläufigen Behauptungen wird dann der Gegenſtand der nachfolgenden Unterſuchungen ſeyn. Es gründet ſich aber die folgende tabellariſche Überſicht auf die ſchon entwickelten Begriffe der civilen und prätoriſchen Klagen (§ 213), der Klagen in rem und in personam (§ 206—209),

endlich der aus Delicten entſpringenden oder Pönalklagen (§ 210—212.).

I. Civiles actiones.

1. In personam.

A. Aus Rechtsgeſchäften (Contracten und Quaſicontracten) (i). Auf dieſe allein bezieht ſich die Eintheilung in:

a. Stricti juris, auch condictiones genannt. Sie ſind ſtrenge Klagen (judicia).

b. Bonae fidei. Sie ſind freye Klagen (arbitria).

B. Aus Delicten, alſo Pönalklagen. Sie ſind Judicia.

2. In rem. Insgeſammt arbitria.

II. Honorariae actiones. Insgeſammt arbitria, ohne Unterſchied ob ſie in rem oder in personam ſind, und ob dieſe letzten aus Rechtsgeſchäften oder aus Delicten entſpringen.

Es beſchränkt ſich demnach der Gegenſatz der stricti juris und bonae fidei actiones auf den engeren Kreis derjenigen Civilklagen, welche in personam ſind, und zugleich

(i) Es iſt alſo derſelbe Begriff, welcher auch ſchon bey den Römern durch den gemeinſamen Namen contractus bezeichnet wird. Vgl. *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.). Man darf ſich nicht durch Streben nach Vollſtändigkeit verleiten laſſen, nun auch den unten folgenden Delicten die Quaſidelicte zu coordiniren; denn theils ſind dieſe ſehr unbedeutend, anſtatt daß die Quaſicontracte zahlreich und wichtig ſind, theils finden ſich darunter keine dem alten Civilrecht angehörende Fälle; ſie erzeugen nur prätoriſche Klagen.

aus Rechtsgeschäften entspringen. Allen übrigen Klagen dürfen jene Namen nicht beygelegt werden, allein der praktische Character, welcher sie unterscheidet, indem die einen strenge, die anderen freye Klagen sind, findet sich bey allen übrigen Klagen wieder, und zwar dergestalt, daß die allermeisten derselben unter die freyen, nur sehr wenige unter die strengen Klagen gehören.

Da übrigens der ganze hier behandelte Gegensatz vorzugsweise auf die Beschaffenheit und die Macht des Judex Beziehung hatte, so versteht es sich von selbst, daß derselbe nur für die ordinaria judicia Bedeutung haben konnte, indem in den extraordinariis ein von der Obrigkeit verschiedener Judex gar nicht vorkam.

§. 219.

Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei.

Als Mittelpunkt dieses ganzen Klagensystems sind die persönlichen Civilklagen aus Rechtsgeschäften zu betrachten, so daß sich die bestimmtesten und reichhaltigsten Kunstausdrücke ausschließend auf sie beziehen, die übrigen Klagen aber nach ihrer Analogie behandelt werden.

Jenen contractlichen Civilklagen liegt aber folgender Gedanke zum Grunde. Das erste und dringendste Bedürfniß für den geordneten Rechtszustand ist der richterliche Schutz des Eigenthums und der ihm verwandten Rechte. Der in diesem Schutz des Berechtigten begründete Zwang

gegen die Freyheit der Andern äußert sich abwehrend, wiederherstellend, also auf eine meist negative Weise. Auch wird diese Art des Schutzes großentheils hinreichen, um in dem Verkehr der Menschen unter einander eine rechtliche Ordnung zu erhalten; soweit er hinreicht, bedarf es eines Zwanges zu positiven Handlungen nicht, und soll dieser dennoch angewendet werden, so kann die Rechtfertigung desselben nur in der besonders nachgewiesenen Unentbehrlichkeit liegen.

Wenn zum Beyspiel Einer sein Haus vermiethet, und der Miether die Rückgabe verweigert, so kann zum Schutz gegen dieses Unrecht schon die Eigenthumsklage genügen. Gegen die Verweigerung des Miethgeldes freylich schützt diese Klage nicht, und dadurch wird dennoch eine wohlbegründete Erwartung des Vermiethers gestört; eben so verhält es sich mit dem Inhalt der meisten anderen Verträge. Diese Erwartungen nun stehen zunächst unter dem Schutz der bey rechtlichen Menschen geltenden Sitte, und dieser Schutz, selbst ohne äußere Unterstützung, ist stärker, als man in blos juristischer Betrachtung anzunehmen geneigt seyn mag. Es ist hier nicht die Rede von edler Gesinnung, Grosmuth, Aufopferung, auf welche durchschnittlich zu rechnen nie gerathen seyn möchte; zur Beobachtung jener Sitte kann schon verständige Selbstsucht antreiben, da auf ihr das schwer zu entbehrende Zutrauen Anderer beruht. Wir bezeichnen diesen Zustand als Treue und Glauben, die Römer nennen ihn bona fides.

Von dieſem Standpunkt aus können wir ſagen: die Erhaltung unſres Vermögens wird uns durch die Eigenthumsklage geſichert, die Erwartung, die wir von der Handlung eines Andern zu faſſen in Folge ſeiner eigenen Erklärung berechtigt ſind, wird geſichert durch Treue und Glauben.

Dennoch reichen wir damit nicht aus, wie mäßig auch unſre Anſprüche an die äußere Unterſtützung des Rechtszuſtandes ſeyn mögen. Zwar wenn ich dem Andern mein Haus vermiethe, ſo ſchützt mich gegen Verminderung meines Vermögens, unabhängig von ſeiner Redlichkeit, die Vindication; wenn ich ihm aber Geld leihe, ſchützt ſie mich nicht. Indem ich ihm das Eigenthum des Geldes überließ, habe ich zu ſeinem Vortheil freywillig auf den Schutz durch Vindication verzichtet; zahlt er nun das Geld nicht zurück, ſo wird mir nicht blos, wie bey dem verweigerten Miethgeld, eine Erwartung geſtört, ſondern mein urſprüngliches Vermögen iſt bleibend vermindert, und zwar lediglich in Folge des von mir gewährten höheren Vertrauens. Dieſes höhere Vertrauen führt alſo eine größere Gefahr mit ſich, und Beide vereinigt geben mir den Anſpruch auf ſtrengen richterlichen Schutz, ähnlich dem Schutz des Eigenthums.

Das Darlehen iſt der einfachſte, einleuchtendſte Fall der Unentbehrlichkeit eines ſolchen Schutzes durch perſönliche Klage; allein an denſelben reihen ſich, in natürlicher Entwicklung, andere verwandte Fälle an, die daher eines

gleichartigen Schutzes theilhaftig werden müſſen. Denn der abſtracte Grund, weshalb hier dem Darlehen ein Schutz höherer Art als anderen Verträgen gewährt wurde, lag in dem Umſtand, daß ohne dieſen Schutz mein Vermögen zum Vortheil eines Andern ohne Rechtsgrund vermindert ſeyn würde; conſequenterweiſe werden wir alſo auch in anderen Fällen, worin nur dieſes abſtracte Verhältniß wahrgenommen wird, denſelben Schutz zu geſtatten haben. So geſchieht es in der That, wenn mein Eigenthum den andern bereichert, nicht in Folge meines ihm gewährten Vertrauens, wohl aber in Folge einer irrigen Handlung (condictio indebiti), oder in Folge eigenmächtiger Handlung des Bereicherten, oder auch eines bloßen Zufalls. Vermittelſt dieſer natürlichen Entwicklung ſind mit der Klage aus dem Darlehen auf gleiche Linie geſtellt worden die condictio indebiti, sine causa, furtiva u. ſ. w. (a).

Eine zweyte, ſchon etwas künſtlichere, Erweiterung jenes Schutzes liegt auf folgendem Wege. Wenn zwiſchen mir und einem Andern ein Rechtsverhältniß der Art beſteht, welche an ſich nur durch Treue und Glauben geſchützt zu ſeyn pflegt, wir einigen uns aber dahin, daß dafür unter uns ein ſtrenger richterlicher Schutz gelten ſoll, gleichartig dem, welcher durch das anvertraute Eigenthum von ſelbſt entſteht, ſo kann es nur zur Förderung und Belebung des Verkehrs gereichen, daß eine ſolche Einigung

(a) Beylage XIV. Num. IV—VIII.

Wirkſamkeit erhalte. Es wird dann nur darauf ankommen, ſolche Formen anzuwenden, wodurch das Daſeyn und der Ernſt jener Einigung außer Zweifel geſetzt werde. Die natürlichſte Einrichtung einer ſolchen Form wird darauf gerichtet ſeyn, daß die innere Verwandſchaft mit den oben dargeſtellten Fällen, insbeſondere mit dem Darlehen, ſichtbar hervortrete. Hierauf beruht die mit dem Darlehen völlig gleichartige Wirkung der expensilatio und stipulatio, ſo wie der alten nexi obligatio (b).

Nun aber iſt es nöthig, diejenigen Rechtsgeſchäfte, von welchen oben geſagt wurde, daß ſie nur durch Treue und Glauben geſchützt werden, noch genauer in's Auge zu faſſen. Lediglich dabey ſtehen zu bleiben, wird durch die Rückſicht auf ſolche Perſonen bedenklich, welche geneigt ſeyn möchten, ſich der ſchützenden Sitte völlig zu entziehen. Möchten Dieſe auch für die Zukunft durch das verſcherzte Zutrauen vielleicht größeren Nachtheil erleiden, ſo würden ſie doch im einzelnen Fall einen augenblicklichen, ſehr unverdienten, Gewinn ziehen können, und auch ſchon darin würde eine Störung der Rechtsordnung, wenngleich von minderer Art, liegen. Dadurch aber treten dieſe Fälle in eine gewiſſe Verwandtſchaft mit den oben dargeſtellten, durch ſtreng richterlichen Schutz zu ſichernden Fällen, ohne jedoch völlig gleichartig mit ihnen zu werden.

Die Römer haben dieſe Verwandtſchaft, und die noch daneben beſtehende Verſchiedenheit, in folgender Weiſe an-

(b) Beylage XIV. Num. IX. X.

erkannt. Der ſtrenge Schutz durch eigentliches Richteramt ſoll nur gelten für die zuerſt dargeſtellte Klaſſe von Fällen. Wenn aber in den Fällen, welche eigentlich nur unter dem Schutz redlicher Sitte ſtehen, unter zwey Perſonen eine Meynungsverſchiedenheit entſteht, ſo daß Jeder das Recht auf ſeiner Seite zu haben glaubt, ſo werden ſie ſich, die Möglichkeit des Irrthums in der eigenen Perſon und in dem Gegner anerkennend, über einen unpartheyiſchen Schiedsrichter einigen, deſſen Ausſpruch ſie unter ſich als das wahre Recht gelten laſſen wollen. Dieſe Auskunft iſt dem natürlichen Verhältniß redlicher Menſchen ſo angemeſſen, daß ſie keiner verweigern kann, ohne ſich dem Verdacht eines Unrechts mit Bewußtſeyn auszuſetzen. Daher wird in ſolchen Fällen Jeder genöthigt, zu dieſer Auskunft die Hand zu bieten. Der unter Mitwirkung beider Theile ernannte Schiedsrichter hat nun nicht, wie der eigentliche Richter, feſtzuſtellen, was das ſtrenge Recht gebiete, ſondern was im vorliegenden Fall, nach redlicher Sitte, von ſelbſt und ohne Zwang zu beobachten ſey (c).

Das, was hier, von dem Standpunkt allgemeiner Betrachtung aus, auch in allgemeine Ausdrücke gefaßt worden iſt, erſcheint nun bey den Römern in folgender concreten Geſtalt (§. 218.). In den Fällen, worin eine ſtrenge Forderung, dem ſtrengen Recht des Eigenthums ähnlich, begründet iſt, kann Dieſelbe durch eine stricti juris actio, häufiger condictio genannt, geltend gemacht werden. Über

(c) Beylage XIII. Num. XIII.

Dieſelbe entſcheidet ein Juder, aus dem allgemeinen Richterverzeichniß genommen. Für die übrigen Fälle dagegen gilt eine bonae fidei actio, und darüber wird durch einen von den Parteyen gewählten Arbiter (oder durch Mehrere) entſchieden. Der Juder vertritt lediglich die Stelle des Prätors, und muß ſich daher in den buchſtäblichen Gränzen halten, die ihm der Auftrag des Prätors vorſchreibt. Der Arbiter hat die unter rechtlichen Menſchen herrſchende Sitte zu interpretiren, und urtheilt daher mit größerer Freyheit, indem ſich der Prätor, ihm gegenüber, auf eine allgemeinere Leitung des Verfahrens beſchränkt.

Dieſe verſchiedene Macht des Juder und des Arbiter beruhte daher auf ihrer ganz verſchiedenen Stellung zu den Parteyen und zur Obrigkeit, und dabey lag wieder zum Grunde die verſchiedene Grundanſicht in der Betrachtung beider Klaſſen von Rechtsgeſchäften. Es würde alſo irrig ſeyn, dieſe Verſchiedenheit als eine abſichtliche Begünſtigung des Klägers bey der einen oder andern Klaſſe der Klagen anſehen zu wollen, da jede derſelben eigenthümliche Vortheile und Nachtheile für den Kläger mit ſich führte, welche aber nicht als Zweck der ganzen Einrichtung angeſehen werden dürfen (d).

Unter den Condictionen wurden drey Klaſſen, ſowohl durch die Formeln im Prozeß, als durch wichtige praktiſche Regeln, unterſchieden. Die erſte, beſonders ausgezeichnete, Klaſſe bildete die certi condictio, auch si cer-

(d) Beylage XIII. Num. II. III. IV.

tum petetur genannt, welche auf die Forderung einer beſtimmten Geldſumme gerichtet war (si paret, Centum dari oportere). In ihr wurde der redliche Theil gegen die Unredlichkeit des Gegners durch eine sponsio und restipulatio tertiae partis geſchützt. — Die zweyte Klaſſe war auf die Übertragung des Eigenthums irgend einer beſtimmten Sache außer dem baaren Gelde gerichtet (si paret, hominem Stichum dari oportere). — Die dritte endlich gieng auf Leiſtungen irgend einer Art, außer jenen beiden, und dieſe wurden ſtets als etwas Unbeſtimmtes angeſehen. Daher hieß die Condiction dieſer dritten Klaſſe incerti condictio, und ihre Formel lautete auf: Quidquid dari fieri oportet (e).

Unter den bonae fidei actiones findet ſich eine ſolche Verſchiedenheit nicht. Sie giengen ſtets auf Dasjenige, was im vorliegenden Fall nach Treue und Glauben von einer, das Rechtsverhältniß völlig durchſchauenden, Partey freywillig geleiſtet werden würde, und dieſe ihre gemeinſame Richtung wurde durch die Formel ausgedrückt: Quidquid dari fieri oportet *ex fide bona* (f).

§. 220.

Natur der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei. (Fortſetzung.)

Bey neueren Schriftſtellern finden ſich über den hier

(e) Beylage XIV. Num. XXXII—XL.
(f) Beylage XIII. Num. XIV.

dargeſtellten Unterſchied der Klagen theils völlig unrichtige, theils nicht hinlänglich begründete Meynungen.

Als ganz unrichtig iſt die Meynung zu verwerfen, nach welcher die Stricti juris actiones beſonders begünſtigte, aus der Zahl der übrigen herausgehobene, Klagen geweſen ſeyn ſollen, etwa ſo wie bey uns die Wechſelklage, als ein exceptionelles Rechtsmittel, durch den Vortheil eines ſchnelleren und ſtrengeren Verfahrens vor anderen Klagen ausgezeichnet iſt. Es müſſen aber vielmehr dieſe Klagen als die eigentlichen und wahren Klagen überhaupt angeſehen werden; die bonae fidei actiones waren Klagen anderer Art, weniger als jene auf dem ſtrengen Rechtsbegriff beruhend, und wenn hier überhaupt das Verhältniß von Regel und Ausnahme Anwendung finden ſoll, ſo müſſen eher umgekehrt die Condictionen als Regel, die b. f. actiones als Ausnahme, angeſehen werden (a).

Unbegründet nenne ich die Anſicht, nach welcher der hier dargeſtellten Genealogie der Begriffe und Rechtsinſtitute zugleich eine chronologiſche Bedeutung gegeben wird. In vollſtändiger Entwicklung gedacht, würde dieſe Anſicht auf folgenden Hergang führen. Es gab urſprünglich, und vielleicht lange Zeit hindurch, keine andere perſönliche Klagen, als die Condictionen der erſten und zweyten Klaſſe (§ 219), gerichtet auf Übertragung des Eigenthums an baarem Geld oder an anderen beſtimmten Sachen. Späterhin wurden die incerti condictiones zugelaſſen, gerichtet

(a) Beylage XIII. Num. XIII.

auf unbeſtimmtere Gegenſtände von mannichfaltiger Art. Die neueſte Rechtsbildung endlich ergab die Einführung der bonae fidei actiones, die den zuletzt genannten Condictionen verwandt waren, und in Freyheit des Verfahrens und Unbeſtimmtheit der Gegenſtände nur noch einen Schritt weiter giengen.

Zeugniſſe für eine ſolche hiſtoriſche Entwicklung der Rechtsinſtitute ſind niemals beygebracht worden, und es hat wohl zur Annahme derſelben nur die ſcheinbare Natürlichkeit eines allmäligen, in der Zeit fortſchreitenden, Übergangs vom Strengen zum Freyen, vom Beſtimmten zum Unbeſtimmten, hingeführt. Allein es iſt überall gefährlich, ſolchen abſtracten Begriffen in hiſtoriſchen Unterſuchungen zu vertrauen. Im vorliegenden Fall können wir zwar die angegebene hiſtoriſche Succeſſion eben ſo wenig durch unmittelbare Zeugniſſe widerlegen, als ſie durch ſolche erwieſen worden iſt. Allein es ſpricht dagegen ſowohl der praktiſche Sinn der Römer, welchem eine ſo ungenügende Behandlung, wie ſie hier für die frühere Zeit vorausgeſetzt wird, zu keiner Zeit zuſagen konnte, als auch der Schluß, welcher aus einzelnen ſicheren Thatſachen älterer Zeit gezogen werden kann. Und ſo ſind wir berechtigt, jene Behauptung nicht blos als unbegründet, ſondern auch als ganz unwahrſcheinlich zu verwerfen (b).

Dagegen iſt eine hiſtoriſche Entwicklung anderer Art nicht blos als wahrſcheinlich, ſondern als völlig gewiß

(b) Beylage XIII. Num. XIII., Beylage XIV. Num. XLVII.

anzunehmen. Jenes System der vorherrschenden Condictionen in drey verschiedenen Formeln und Klassen, und der daneben stehenden b. f. actiones, ist zwar allerdings als nicht allmälig, sondern gleichzeitig entstanden anzusehen, so daß gleich bey der ursprünglichen Bildung des Formularprozesses die den alten Legis actiones nachgebildeten Condictionen in derselben Mannichfaltigkeit aufgestellt wurden, worin wir sie in unsren Rechtsquellen finden. Allein im Laufe der Zeit wurde das der b. f. actio zum Grunde liegende Princip als das vorzüglichere und annehmlichere betrachtet, und es findet sich eine sichtbare Hinneigung, die Condictionen in die freyere Natur der b. f. actiones hinüber zu leiten, wozu besonders die Prätoren auf mancherley Weise mitwirkten. Es geschah Dieses durch Mittel und Rechtsformen, welche in dem System der Condictionen selbst gegründet waren, und es lag daher in diesem Verfahren die Befriedigung eines durch stets wachsende Überzeugung anerkannten praktischen Bedürfnisses, ohne daß man Dasselbe einer formellen Inconsequenz beschuldigen konnte (c). — Diese Richtung scheint schon früh eingetreten zu seyn, wenigstens schon zur Zeit des Cicero, wofür, von anderen Gründen abgesehen, schon die Vorliebe Zeugniß giebt, womit er, vom sittlichen Standpunkt aus, über die b. f. actiones redet (§ 218. c.). Das Wesen des früheren Klagensystems stand jedoch fest, so lange als die alte Gerichtsverfassung bestand; der Judex

(c) Beylage XIII. Num. XX.

oder Arbiter bezeichnete ſtets die Gränze zwiſchen den beiden Hauptarten perſönlicher Klagen. Als aber, mit der geſammten älteren Gerichtsverfaſſung (dem ordo judiciorum), dieſe Verſchiedenheit der Urtheiler verſchwand, da hatte eigentlich das Weſen jenes Klagenſyſtems aufgehört. Die Hinneigung zu der freyeren Art der Klagen mußte jetzt immer ſtärker hervor treten, und es blieben nur noch vereinzelte, rein praktiſche, Unterſchiede übrig, die ſich unter dem Einfluß des älteren Prozeſſes gebildet hatten, und die nunmehr nur deshalb fortbeſtanden, weil Niemand auf den Gedanken kam, ſie aufzuheben.

Bis dahin iſt der Gegenſatz der ſtrengen und freyen Klagen lediglich auf die perſönlichen Civilklagen, welche aus Rechtsgeſchäften entſpringen, angewendet worden, indem dieſe in der That den Mittelpunkt des alten Actionenſyſtems bilden (§ 218. 219). Allein jener Gegenſatz hat an ſich eine allgemeinere Natur, und es muß daher auch bey den übrigen Klaſſen der Klagen nachgewieſen werden, wie ſie ſich zu demſelben verhalten.

Die civilen Delictsklagen wurden ohne Zweifel, ebenſo wie die Condictionen, jedesmal von einem Judex entſchieden und als ſtrenge Klagen behandelt. Denn wenn ein alter Volksſchluß eine Geldſtrafe auf ein Delict ſetzte, ſo würde dieſe Beſtimmung, ohne Verfolgung vor einem Richter, gar keinen Sinn gehabt haben (d).

(d) Beylage XIII. Num. VIII.

Bey den civilen in rem actionen wurde es in die Wahl des Klägers geſtellt, ob er einen Judex oder Arbiter verlangen, das heißt, ob er vermittelſt einer Sponſion den Weg der ſtrengen Klage einſchlagen, oder eine petitoria formula vor einem Arbiter gebrauchen wollte, welcher letzten allein der Name einer in rem actio eigentlich gebührte (e).

Die prätoriſchen Klagen endlich, mochten ſie in rem oder in personam gehen, aus Rechtsgeſchäften oder aus Delicten entſpringen, waren ſtets von freyer Natur, alſo vor einem Arbiter zu verhandeln (f).

So befolgten alſo alle übrige Klagen die Analogie entweder der Condictionen, oder der b. f. actiones; allein dieſe Kunſtausdrücke ſind auf dieſelben niemals angewendet worden (g).

§. 221.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones.

Juſtinians Inſtitutionen ſprechen zuerſt ausführlich von dem Gegenſatz der bonae fidei und stricti juris actiones (a), und fahren unmittelbar darauf in folgenden Worten fort:

§ 31 *J. de act.* (4. 6.).

(e) Beylage XIII. Num. IX. Aus dieſer Reduction der Eigenthumsklage auf eine Sponſion wird es recht anſchaulich, daß das alte Klagenſyſtem auf der Grundlage der Contractsklagen erbaut war.

(f) Beylage XIII. Num. X.

(g) Beylage XIII. Num. VI, Beylage XIV. Num. XX.

(a) § 28. 29. 30 J. de act. (4. 6.). — Vgl. Beylage XIII. Num. I. VI. XII.

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debuit*. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. (Nun folgt eine Reihe von Beyspielen). In his enim actionibus et similibus permittitur judici ex bono et aequo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, *aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

Auf den ersten Blick scheint hier der Begriff dieser Klagen eben so bestimmt zu seyn, wie kurz vorher der Begriff der b. f. actiones bestimmt worden war, indem hier und dort die freye Macht des urtheilenden Richters als das überwiegende Moment bezeichnet wird. Dennoch ist es undenkbar, daß hier der vorige Begriff unter einem neuen Namen, und ohne Anerkennung der Identität, nur wiederholt seyn sollte. Was aber diesen Gedanken völlig widerlegt, sind die einzelnen Beyspiele, die von den vorher vollständig aufgezählten b. f. actiones durchaus verschieden sind.

Um diese Schwierigkeit zu beseitigen, haben Viele angenommen, die ganze Eintheilung der Klagen sey dreygliedrig: stricti juris, bonae fidei, arbitrariae. Allein, nicht zu gedenken, daß es dann viel einfacher gewesen wäre, die arbitrariae als drittes Glied gleich im § 28,

neben den zwey ersten Gliedern zu nennen, so ist es auch ganz unmöglich, einen scharfen Gegensatz zwischen den Begriffen der zwey letzten Eintheilungsglieder aufzufinden, da vielmehr beide in der freyen Macht des Arbiter völlig übereinstimmen. Die vollständige Widerlegung dieser Ansicht wird aber unten durch den Beweis geführt werden, daß mehrere b. f. actiones zugleich arbitrariae waren, so daß beide Begriffe nicht in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen können.

In der That hat der Begriff der arbitrariae actiones mit dem vorhergehenden Gegensatz der stricti juris und b. f. actiones gar Nichts zu schaffen. Jener Ausdruck bezeichnet eine für sich bestehende Eigenschaft vieler Klagen, worunter einige b. f., andere weder b. f. noch stricti juris sind. Die erwähnte Eigenschaft besteht nämlich darin, daß in diesen Klagen der Arbiter nicht sogleich ein Urtheil sprechen, sondern damit anfangen soll, den Beklagten, wenn er sich von dessen Unrecht überzeugt hat, zur freywilligen Befriedigung des Klägers, durch eine von dem Arbiter vorläufig festzustellende Leistung, aufzufordern. Erfolgt diese Befriedigung, so wird der Beklagte freygesprochen; erfolgt sie nicht, so wird er verurtheilt. — Das Wesentliche dieser Erklärung, nämlich die vorläufige Aufforderung, ist in den cursiv gedruckten Worten der oben mitgetheilten Institutionenstelle geradezu ausgedrückt (b).

(b) Dieser judicis *arbitratus* wird in vielen Digestenstellen mehr oder weniger deutlich erwähnt, am Bestimmtesten in *L.* 68 *de R. V.*

Der vollſtändige Zuſammenhang der Sache wird aber erſt aus folgenden Betrachtungen hervorgehen.

Zunächſt erſcheint dieſe Anſtalt blos als ein dem Arbiter vorgeſchriebener Vergleichsverſuch, folglich als eine Prozeßform, von der nicht einleuchtet, wie ſie genug materielle Wichtigkeit erhalten konnte, um zur Bildung einer eigenen Klaſſe von Klagen Veranlaſſung zu geben. Dieſe Wichtigkeit aber erklärt ſich aus der Eigenthümlichkeit des alten Prozeſſes, nach welcher kein Richter anders, als auf Zahlung einer Geldſumme, verurtheilen durfte (§ 215. r). Daraus entſtand die ſeltſame und ungerechte Folge, daß ein hartnäckiger Beklagter den Kläger ſtets zur Abtretung der Dieſem gebührenden Sache gegen baares Geld nöthigen konnte (c). Dieſe Folge ſollte dadurch abgewendet

(6. 1.), von welcher noch weiter die Rede ſeyn wird. — Damit nicht der Beklagte die Sache unbeſtimmt hinhalten konnte, wurde ihm ein Termin zur Reſtitution angeſetzt. *L.* 6 § 2 *de confess.* (42. 2.) ex his actionibus, ex quibus *dies datur ad restituendam rem*. Da übrigens in dieſer Einrichtung blos ein freyes, billiges Ermeſſen des Arbiter, nicht eine unnütze Formalität begründet ſeyn ſollte, ſo unterblieb ohne Zweifel der arbitratus, wenn deſſen Fruchtloſigkeit ſicher vorherzuſehen war. Dieſes war aber der Fall, wenn der Beklagte die Sache unredlicherweiſe zerſtört oder veräußert hatte, alſo unmöglich reſtituiren konnte.

(c) Nicht als ob nun dem Beklagten die Sache um die bezahlte Geldſumme wirklich verkauft geweſen wäre; ein wirkliches Recht daran erhielt er eben ſo wenig, als der Verurtheilte, qui dolo desiit possidere. *L.* 69. 70. *de R. V.* (6. 1.). Allein, wenn er nur den Beſitz ſorgfältig hütete, ſo blieb ihm ſtets der Genuß der Sache, und der Eigenthümer mußte ihn entbehren; denn eine wiederholte Klage konnte Dieſer nicht anſtellen, da das Klagerecht conſumirt war.

werden, daß der Arbiter auf die freywillige Naturalreſtitution hinzuwirken ſuchte.

Hätte man jedoch lediglich auf den guten Willen oder die Nachgiebigkeit des Beklagten rechnen wollen, ſo wäre dieſe Anſtalt gerade da, wo ſie beſonders wichtig war, der entſchloſſenen Ungerechtigkeit gegenüber, völlig kraftlos geblieben. Sie erhielt aber Kraft durch ein indirectes Zwangsmittel; der Beklagte, welcher der Aufforderung des Arbiters nicht nachgab, ſollte durch das nun folgende Urtheil in größeren Nachtheil kommen, als er durch die freywillige Nachgiebigkeit erlitten haben würde, und in dieſem angedrohten Präjudiz lag ein, gewiß ſehr wirkſames, indirectes Zwangsmittel (d). Der allgemeinſte Nachtheil beſtand aber darin, daß nun die Geldſumme, auf welche der Arbiter den Beklagten verurtheilte, den wahren Werth des Gegenſtandes weit überſteigen konnte, indem der Kläger durch ſeinen Eid die Summe beſtimmen durfte (e). Bey

(d) Nach *L.* 68 *de R. V.* (6. 1.) ſoll auch directer Zwang gelten, manu militari. Ich halte dieſes für eine entſchiedene Interpolation, da in anderen Digeſtenſtellen die Unmöglichkeit jedes directen Zwanges beſtimmt vorausgeſetzt wird, ſo z. B. in *L.* 4 § 3 *fin. reg.* (10. 1.), *L.* 73 *de fidejuss.* (46. 1.). Eben ſo läßt die Faſſung des § 31 *J. de act.* (4. 6.) für eine Execution in die Sache ſelbſt keinen Raum; dieſe Stelle iſt denn wahrſcheinlich ohne Veränderung aus einem alten Juriſten abgeſchrieben. Endlich iſt auch, die Naturalexecution vorausgeſetzt, nicht wohl einzuſehen, wie es jemals ob contumaciam zu einem Eid kommen konnte (Note e).

(e) *L.* 2 § 1 *de in litem jur.* (12. 2.) cum vero dolus, *aut contumacia non restituentis vel non exhibentis*, (punitur), quanti in litem juraverit actor (aestimatur)." Dolus geht auf den Fall, da der Beſitzer die Sache verzehrt oder verkauft hat, contumacia iſt der hier erwähnte Ungehorſam. Vgl. *L.* 1 *eod.* *L.* 18

einzelnen Klagen traten eigenthümliche, nachtheilige Folgen jenes Ungehorſams ein; ſo bey der actio quod metus causa der vierfache Betrag des Gegenſtandes, deſſen einfache Leiſtung urſprünglich genügt hätte (f): bey der doli actio die Infamie des Verurtheilten.

Die eigenthümliche Natur dieſer Klagen wurde in der Formel ausgedrückt durch einen, an irgend einer ſchicklichen Stelle, angebrachten Zuſatz (nisi restituatur, nisi exhibeatur), welcher demnach als eine Beſchränkung des Auftrags zur Condemnation eingeſchoben wurde (g).

pr. de dolo (4. 3.). Eben darauf geht *L.* 73 *de fidej.* (46. 1.) noluit eam restituere, *et ideo magno condemnatus est.*" — In *L.* 68 *de R. V.* (Note d) iſt natürlich nur von dolus die Rede, nicht von contumacia, weil für den Fall einer ſolchen die manus militaris durch Interpolation eingeſchoben iſt. — Der eigentliche Zuſammenhang zwiſchen dem Eid in litem und den arbiträren Klagen beſteht nun aber darin, daß bey ihnen jener Eid als ein regelmäßiges Recht des Klägers in den angeführten Stellen anerkannt wird, anſtatt daß er bey ſtrengen Klagen nur als Aushülfe, in Ermanglung anderer Beweiſe, gebraucht werden kann. *L.* 5 § 4 *L.* 6 *de in litem jur.* (12. 3.). Hierauf iſt auch zu beziehen *L.* 9 *eod.*, da auch die furti actio eine ſtrenge Klage iſt; eben ſo *L.* 8 § 1 *de act. rer. amot.* (25. 2.), da dieſe Klage die Natur einer condictio hat. *L.* 26 *eod.*

(f) Bey dieſer Klage kam nicht etwa der Eid noch neben dem vierfachen Erſatz vor, ſondern dieſer erhöhte Erſatz war ein (ſehr reichliches) Surrogat des Eides. Bey der doli actio trafen den Beklagten beide Nachtheile, der Eid des Klägers und die Infamie.

(g) Über die nicht überall gleichförmige Stellung jener Ausdrücke in der Formel kommen folgende unzweifelhafte Zeugniſſe vor. Bey Cicero ſtehen in der petitoria formula in der Intentio die Worte: neque is fundus Q. Catulo restituetur (§ 209. c). — Gajus IV. § 47 hat in der depositi formula in jus concepta die Worte: N R (nisi restituat) in der Condemnatio (§ 216. t). — Ebendaſelbſt ſtehen, bey der depositi formula in factum, in der Intentio die Worte: Si paret.... eamque .. redditam non esse. — Eben ſo ſtehen in der Intentio

§. 222.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortsetzung.)

Auf die Frage, welchen Klagen der Name arbitrariae, also auch die eben erklärte Eigenthümlichkeit, zukam, läßt sich eine allgemeine, wie ich glaube völlig sichere, Antwort geben. Diese wird dann noch durch Anwendung auf einzelne Fälle zu bestätigen seyn.

Die allgemeine Regel ist so auszudrücken: arbitrariae waren alle freye Klagen, worin sich, nach ihrem besonderen Inhalt, das oben beschriebene Verfahren als anwendbar zeigte.

Durch die erste Bestimmung sind ausgeschlossen alle Condictionen, so wie alle civile Delictsklagen, auch zeigt sich bey keiner derselben die geringste Spur eines solchen Verfahrens, ja es würde dieses der beschränkten Stellung des Juder in jenen Klagen völlig widersprechen. — Dagegen sind, von dieser Seite her, zugelassen: die bonae fidei, die in rem actiones, so wie alle prätorische Klagen.

Schwieriger ist die zweyte Bestimmung, welche die Anwendbarkeit des oben beschriebenen besonderen Verfahrens zum Gegenstand hat, und wodurch viele freye Klagen von der Klasse der arbitrariae actiones ausgeschlossen werden. Zwar die Ausdrücke arbitrium und arbiter, die durchaus für alle freye Klagen gelten (§ 218),

der actio quod metus causa die Worte: neque ea res arbitrio judicis restituetur. *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2.)

oder Arbiter bezeichnete ſtets die Gränze zwiſchen den beiden Hauptarten perſönlicher Klagen. Als aber, mit der geſammten älteren Gerichtsverfaſſung (dem ordo judiciorum), dieſe Verſchiedenheit der Urtheiler verſchwand, da hatte eigentlich das Weſen jenes Klagenſyſtems aufgehört. Die Hinneigung zu der freyeren Art der Klagen mußte jetzt immer ſtärker hervor treten, und es blieben nur noch vereinzelte, rein praktiſche, Unterſchiede übrig, die ſich unter dem Einfluß des älteren Prozeſſes gebildet hatten, und die nunmehr nur deshalb fortbeſtanden, weil Niemand auf den Gedanken kam, ſie aufzuheben.

Bis dahin iſt der Gegenſatz der ſtrengen und freyen Klagen lediglich auf die perſönlichen Civilklagen, welche aus Rechtsgeſchäften entſpringen, angewendet worden, indem dieſe in der That den Mittelpunkt des alten Actionenſyſtems bilden (§ 218. 219). Allein jener Gegenſatz hat an ſich eine allgemeinere Natur, und es muß daher auch bey den übrigen Klaſſen der Klagen nachgewieſen werden, wie ſie ſich zu demſelben verhalten.

Die civilen Delictsklagen wurden ohne Zweifel, ebenſo wie die Condictionen, jedesmal von einem Judex entſchieden und als ſtrenge Klagen behandelt. Denn wenn ein alter Volksſchluß eine Geldſtrafe auf ein Delict ſetzte, ſo würde dieſe Beſtimmung, ohne Verfolgung vor einem Richter, gar keinen Sinn gehabt haben (d).

(d) Beylage XIII. Num. VIII.

Bey den civilen in rem actionen wurde es in die Wahl des Klägers geſtellt, ob er einen Judex oder Arbiter verlangen, das heißt, ob er vermittelſt einer Sponſion den Weg der ſtrengen Klage einſchlagen, oder eine petitoria formula vor einem Arbiter gebrauchen wollte, welcher letzten allein der Name einer in rem actio eigentlich gebührte (e).

Die prätoriſchen Klagen endlich, mochten ſie in rem oder in personam gehen, aus Rechtsgeſchäften oder aus Delicten entſpringen, waren ſtets von freyer Natur, alſo vor einem Arbiter zu verhandeln (f).

So befolgten alſo alle übrige Klagen die Analogie entweder der Condictionen, oder der b. f. actiones; allein dieſe Kunſtausdrücke ſind auf dieſelben niemals angewendet worden (g).

§. 221.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones.

Juſtinians Inſtitutionen ſprechen zuerſt ausführlich von dem Gegenſatz der bonae fidei und stricti juris actiones (a), und fahren unmittelbar darauf in folgenden Worten fort:

§ 31 *J. de act.* (4. 6.).

(e) Beylage XIII. Num. IX. Aus dieſer Reduction der Eigenthumsklage auf eine Sponſion wird es recht anſchaulich, daß das alte Klagenſyſtem auf der Grundlage der Contractsklagen erbaut war.

(f) Beylage XIII. Num. X.

(g) Beylage XIII. Num. VI, Beylage XIV. Num. XX.

(a) § 28. 29. 30 J. de act. (4. 6.). — Vgl. Beylage XIII. Num. I. VI. XII.

dinglichen Rechten, ohne Ausnahme angewendet. Gewöhnlich wird hier eine wirkliche Rückkehr der Sache Statt finden, da der Eigenthümer, der eine Sache vindicirt, meiſt ſchon früher den Beſitz derſelben gehabt haben wird. Doch iſt dieſes nicht immer der Fall; denn der Legatar, der die legirte Sache vom Erben vindicirt, hat den Beſitz noch niemals gehabt, eben ſo der Pfandglaubiger, der aus einem bloßen Pfandvertrag die hypothecaria actio anſtellt. Hier wird alſo die Vereinigung des Beſitzes mit dem dinglichen Recht ſchon an ſich ſelbſt als eine Rückkehr gedacht, und es iſt daher bey dieſen Klagen ſtets eine arbitraria formula anwendbar.

Anders verhält es ſich mit den perſönlichen Klagen, bey welchen der Ausdruck restituere, als Bedingung einer arbitraria formula, genauer genommen wird. Die actio commodati, depositi, pigneratitia, gehen wirklich auf Rückkehr einer Sache zu ihrem früheren Beſitzer; eben ſo die actio locati, wenn damit die Rückgabe der vermietheten Sache gefordert wird. Auch die actio doli, und quod metus causa gehen, wenngleich nicht immer auf Rückkehr einer beſtimmten einzelnen Sache in unſren Beſitz, doch ſtets auf Herſtellung unſres verminderten Vermögens. Daher war bey allen dieſen perſönlichen Klagen ſtets eine arbitraria formula anwendbar. — Anders bey ſolchen Contractsklagen, deren Erfolg gar nicht irgend einen früheren Zuſtand herſtellen, ſondern einen ganz neuen herbeyführen ſoll, wie die actio emti, venditi, und mehrere andere Contractskla-

gen. Hier kann von einer eigentlichen Reſtitution nicht die Rede ſeyn (f), und daher iſt hier auch keine arbitraria formula anwendbar.

Zwar wird der eben behauptete ſtrenge Unterſchied nicht unmittelbar in unſren Rechtsquellen ausgeſprochen; weder bey dem Kunſtausdruck restituere, deſſen ſchwankender Gebrauch vielmehr ſo eben anerkannt worden iſt (Note f); noch bey der arbitraria formula, für welche die eben gezogene Gränze in keiner Stelle auf dieſe Weiſe anerkannt wird. Die Richtigkeit dieſer Gränzbeſtimmung aber wird dadurch außer Zweifel geſetzt, daß die Anwendbarkeit des jusjurandum in litem ganz beſtimmt nach dieſer Unterſcheidung beurtheilt wird (g), während auf der andern Seite

(f) Ich will nicht behaupten, daß die Römer ſelbſt eine ſolche Strenge in dem Gebrauch des Ausdrucks restituere ſtets beobachtet haben; vielmehr kommt derſelbe zuweilen auch bey den Leiſtungen eines Käufers und Verkäufers u. ſ. w. vor, in welchen doch keine Art von Rückkehr wahrzunehmen iſt. *L.* 13 § 18 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 8. 12 *C. eod.* (4. 49.) *L.* 14 § 9 *de servo corr.* (11. 3.), *L.* 8 § 10 *mandati* (17. 1.). — Weniger ungenau iſt es, wenn bey Fideicommiſſen von einer restitutio hereditatis oder rerum singularum die Rede iſt; dieſes iſt nämlich allerdings eine Rückkehr, zwar nicht in Beziehung auf den Empfänger, wohl aber in Beziehung auf den Erben, der die Erbſchaft oder die einzelne Sache nur vorübergehend haben ſollte, ſo daß ſie nun von ihm wieder weggeht. Daher iſt in dieſer Anwendung der Sprachgebrauch als regelmäßig und techniſch zu betrachten. Ulpian. XX § 5, Gajus II § 184. 250. 254. 260, und viele andere Stellen.

(g) Der Eid wird zugelaſſen bey der actio depositi, commodati, locati, tutelae, dotis, doli, metus, interd. de vi. *L.* 3 *de in lit. jur.* (12. 3.), *L.* 3 § 2 *commod* (12. 6.), *L.* 48 § 1 *loc.* (19. 2.) *L.* 7 *pr. de admin.* (26. 7.) *L.* 25 § 1 *sol. matr.* (24. 3.), *L.* 18 *pr. de dolo* (4. 3.), *L.* 9 *C. unde vi* (8. 4.) — Er wird nicht zugelaſſen bey der actio emti venditi. *L.* 4 *C. de act. emt.* (4. 49.), *L.* 19

dieſer Eid mit der arbitraria formula eben ſo ſicher im Zuſammenhang ſteht (h).

§ 223.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſetzung.)

Nachdem ſo die Regel für die Anwendung einer arbitraria formula aufgeſtellt worden iſt, ſollen nun noch die einzelnen Klagen angegeben werden, welchen dieſer Name in unſren Rechtsquellen beſtimmt beygelegt wird.

Die oben angeführte Stelle der Inſtitutionen (§ 221) giebt folgende Beyſpiele an, unter welchen mehrere auch durch Digeſtenſtellen beſtätigt werden. In rem: die Publiciana, Serviana, quasi Serviana (a). In personam: quod metus causa (b), doli (c), de eo quod certo loco (d), ad exhibendum (e). Alle dieſe Klagen ſind prätoriſche.

Aus anderen Zeugniſſen aber können wir noch folgende Klagen als arbitrariae hinzufügen.

1) Die rei vindicatio, das heißt die petitoria formula (f), welche auf der freyen Wahl des Klägers, anſtatt

de peric. (18. 6.). Eben ſo bey der actio depositi contraria. *L.* 5 *pr. depos.* (16. 3.).

(h) Vgl. § 221. e. — Wäre die Leiſtung des Verkäufers eine wahre, eigentliche restitutio, ſo müßte gegen ihn, nach dem ſehr beſtimmten Ausſpruch der *L.* 68 *de R. V.* (§ 222. b.), in litem geſchworen werden können, Welches doch entſchieden nicht zuläſſig iſt (Note g.).

(a) Vgl. *L.* 16 § 3 *L.* 24 § 3 *de pign.* (20. 1.).

(b) *L.* 14 § 4. 11 *quod metus* (4. 2.).

(c) *L.* 18 *pr.* § 1 *de dolo* (4. 3.).

(d) *L.* 2 *pr. L.* 3. 4 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

(e) Vgl. oben § 221. e, § 222. b. — *L.* 3 § 2 *ad exhib.* (10. 4.).

(f) Cicero in Verrem II. C. 12, *L.* 68. *L.* 35 § 1 *de R. V.*

der Sponſionsklage, beruhte. Es kann auffallen, daß dieſe Klage, die für viele andere einen Mittelpunkt bildet, nicht auch in den Inſtitutionen als Beyſpiel angeführt wird. Vielleicht iſt es deswegen unterlaſſen worden, weil in dem hier excerpirten alten Juriſten die petitoria formula ganz beſtimmt bezeichnet war, welche veraltete Bezeichnung jetzt vermieden werden ſollte.

2) Hereditatis petitio (g).

3) Confessoria actio (h).

4) Finium regundorum (i).

5) Faviana (k).

6) Depositi actio (l).

7) Redhibitoria actio (m).

8) Die reſtitutoriſchen und exhibitoriſchen Interdicte, vorausgeſetzt daß der Beklagte dieſe Prozeßform vorzog, und den Prätor zu rechter Zeit darum bat (n).

(6. 1.), *L.* 41 § 1 *de re jud.* (42. 1.).

(g) *L.* 10 § 1 *L.* 57 *de her. pet.* (5. 3.).

(h) *L.* 7 *si serv.* (8. 5.).

(i) *L.* 4 § 3 *fin. reg.* (10. 1.), § 6 *J. de off. jud.* (4. 17.).

(k) *L.* 5 § 1 *si quid in fraud. patr.* (38. 5.).

(l) Vgl. oben § 216. t. — Ein ſcheinbarer Widerſpruch liegt in *L.* 7 *pr. de eo quod certo loco* (13. 4.). „In bonae fidei judiciis ... ex empto, vel vendito, *vel depositi* actio competit, *non arbitraria actio.*" Allein die letzten Worte enthalten nicht die Verneinung einer arbitraria actio überhaupt, (deren Name und Character alſo der depositi actio abgeſprochen wäre), ſondern dieſer beſtimmten, vom Prätor beſonders eingeführten, arbitraria actio, der actio de eo quod certo loco.

(m) *L.* 45 *de aedil. ed.* (21. 1.).

(n) Gajus IV. § 141. 163. 164. 165. — Mit Unrecht würde man unter die arbiträren Klagen ziehen die actio adv. publicanos; denn obgleich bey ihr die Reſtitution von der poena dupli befreyte (*L.* 1 *pr. de public.* 39. 4.), ſo war doch in dem Edict ſelbſt nur

Faſt alle dieſe Klagen paſſen zu dem oben aufgeſtellten Begriff der Reſtitution oder Exhibition, dienen alſo zur Beſtätigung der hier vorgetragenen Lehre. Eine einzige Klage kann daran Zweifel erregen, und zwar gerade die, deren arbiträre Natur vorzugsweiſe und wiederholt in unſren Rechtsquellen wörtlich anerkannt iſt: die actio de eo quod certo loco (Note d), welches eine prätoriſche Klage iſt (o). Sie geht gar nicht auf eine Reſtitution oder Exhibition, ſondern auf die örtliche Reduction des Betrags einer Stipulation, welche eigentlich, ihrem wörtlichen Inhalt nach, an einem fremden Ort zu erfüllen geweſen wäre. Die Aufforderung des Arbiter, durch deren Erfüllung die Klage abgewendet wird, geht auf Caution wegen Erfüllung des wörtlichen Inhalts der Stipulation (p); das Präjudiz bey Verweigerung dieſer Erfüllung beſteht in einem möglichen ſehr hohen, ſelbſt indirecten, Intereſſe, worauf die Verurtheilung gerichtet werden kann (q). So liegt alſo in dieſer Klage die Anwendung einer, für ganz andere Zwecke und Fälle eingeführten Prozeßform

eine Reſtitution *ante* judicium acceptum gemeynt (*L.* 5 *pr. eod.*), ſo daß zu einem arbitrium vor dem Urtheil keine Veranlaſſung war (vgl. Note t.).

(o) *L.* 1 *de eo quod certo loco* (13. 4) „ideo visum est, *utilem actionem* in eam rem comparare." Heffter observ. in Gajum Lib. 4 p. 83 hält ſie für eine eigentliche utilis a., d. h. für eine Fictionsklage, welches jedoch aus jenen Worten nicht nothwendig folgt. Sie kann auf gewöhnliche Weiſe in factum concepta geweſen ſeyn, und dennoch utilis genannt werden, weil durch ſie das urſprüngliche Klagrecht über ſeine Gränzen ausgedehnt wurde.

(p) *L.* 4 § 1 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

(q) *L.* 2 § 8 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

auf einen Fall, worin es darauf ankam, die beſondere Unredlichkeit eines Stipulationsſchuldners wirkſam zu bekämpfen, der ſich hinter den Buchſtaben des Rechts verſteckte, um ſich ſeiner Verpflichtung zu entziehen.

Sehen wir jetzt zurück auf die oben mitgetheilte Stelle der Inſtitutionen, die einzige, die abſichtlich von der Natur der arbiträren Klagen redet (§ 221), ſo ſind noch die Worte derſelben zu erklären: nisi .. satisfaciat, *veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat.* Die zwey erſten Ausdrücke enthalten eine unmittelbare Beſtätigung der hier vorgetragenen Lehre. Das solvat darf nicht ſo allgemein verſtanden werden, wie es wohl der Ausdruck zuließe, ſo daß es auch auf die Zahlung eines Käufers u. ſ. w. bezogen würde. Es iſt zu beziehen auf die actio de eo quod certo loco; ferner auf die Fälle einer actio commodati u. ſ. w., worin die Naturalreſtitution unmöglich iſt, weil der Beklagte durch ſeine Nachläſſigkeit die Sache hat ſtehlen oder verderben laſſen; eben ſo auf die hypothecaria actio, von welcher ſich der Beklagte nicht blos durch Reſtitution der Sache, ſondern auch durch Bezahlung der Schuld, frey machen kann (r). — Endlich die noxalis causa geht auf die durch die Handlung eines Sklaven begründete actio doli oder quod metus causa; denn hier wird der damit belangte Herr des Sklaven, ohne Entſchädigung zu leiſten, ſchon durch die bloße noxae datio völlig befreyt (s).

(r) *L.* 16 § 3 *de pign.* (20. 1.). (s) Es muß alſo die hier er-

Vergleichen wir nun noch zum Schluß die arbiträren Klagen mit dem oben (§ 218) aufgeſtellten Schema aller Klagen überhaupt, ſo ergiebt ſich folgendes Verhältniß derſelben.

Die Condictionen und die civilen Delictsklagen ſind nie arbiträr, weil ſie ſtrenge Klagen ſind.

Die civilen in rem actiones, inſoweit ſie auf eine Reſtitution gehen, ſind insgeſammt arbiträr (t).

Die bonae fidei actiones, und alle prätoriſche Klagen, ſind arbiträr, inſofern ſie gerade auf eine Reſtitution oder Exhibition gerichtet ſind, ſo daß ihre arbiträre Natur von dem Inhalt jeder einzelnen Klage dieſer Klaſſen abhängt. Am Meiſten iſt bisher die Vereinbarkeit der Eigenſchaft einer arbiträren Klage mit den b. f. actiones bezweifelt worden. Der unmittelbare Beweis dafür liegt in den Zeugniſſen, nach welchen die hereditatis petitio und die depositi actio, welche beide unter die b. f. actiones gehören, zugleich auch arbitrariae ſind (Note g. l.).

Es war ein wichtiger Streit der alten Juriſtenſchulen, ob der Beklagte auch nach der Litisconteſtation, bey allen Klagen, durch freywillige Erfüllung die Freyſprechung be-

wähnte noxalis causa von einer ſolchen Klage verſtanden werden, die ſchon an ſich arbitraria iſt, im einzelnen Fall aber als noxalis angeſtellt wird. Es würde irrig ſeyn, wenn man wegen der möglichen noxae datio jede Noxalklage für arbiträr halten wollte; die actio furti noxalis z. B. iſt ein judicium, alſo ſchon deshalb nicht arbiträr (§ 222.).

(t) Dahin gehören alſo die rei vindicatio, die hereditatis petitio, die confessoria. Dagegen konnte bey dem liberale judicium von keiner Reſtitution die Rede ſeyn, ſie war alſo auch nicht arbiträr.

wirken könne. Die Sabinianer behaupteten Dieſes, und drückten ihre Meynung durch die Regel aus: omnia judicia esse absolutoria. Die Proculejaner wollten es nicht bey allen Klagen zugeben, ſondern wahrſcheinlich nur bey denjenigen, die ich oben als freye bezeichnet habe. Juſtinian hat die Meynung der Sabinianer angenommen (u). — Nun könnte man dieſen Streit ſo verſtehen, als hätten die Sabinianer alle Klagen für arbiträre erklärt; Dieſes war jedoch keinesweges ihre Meynung. Vielmehr blieben auch nach ihnen die arbiträren Klagen dadurch vor den übrigen ausgezeichnet, daß bey ihnen dem Arbiter eine beſondere Aufforderung zur Erfüllung, unter Androhung der ſonſt unausbleiblichen Verurtheilung, vorgeſchrieben war; bey den übrigen Klagen ſollte der Beklagte zwar auch durch freywillige Erfüllung die Verurtheilung abwenden, aber dieſe mußte weit ſeltner erfolgen, weil er ſich noch immer mit der Hoffnung ſchmeicheln konnte, ohnehin freygeſprochen zu werden, anſtatt daß bey den arbiträren Klagen die Aufforderung des Arbiter ſchon die Ankündigung enthielt, daß in Ermanglung freywilliger Erfüllung die Condemnation unfehlbar erfolgen werde.

(u) Gajus IV. § 114. (Zum Theil lückenhaft.) § 2 *J. de perpetuis* (4. 12.). — Ein Überreſt der Proculejaniſchen Meynung findet ſich in *L.* 84 *de V. O.* (45. 1.), die nur aus Verſehen aufgenommen ſeyn kann. Auch *L.* 5 *pr. de publicanis* (39. 4) iſt aus jenem Schulſtreit zu erklären; Gajus war bekanntlich Sabinianer.

§. 224.

Arten der Klagen. Heutige Anwendung.

Die Arten der Klagen, deren Gegenſätze bis hierher ausführlich unterſucht worden ſind, haben eine verſchiedene Natur (§ 206.). Einige ſtehen in unmittelbarer Beziehung auf die zum Grund liegenden Rechtsverhältniſſe, ſie führen zur genaueren Einſicht in das Weſen derſelben, und ſie ſind daher auch für das heutige Recht von Wichtigkeit (§ 206—212.). Andere haben eine blos hiſtoriſche Natur. Theilweiſe ſind ſie ſchon aus den neueſten Rechtsquellen verſchwunden, und auch die, welche darin noch vorkommen, dienen doch nur als Nomenclatur, ſo daß ſich nicht einmal der Schein einer praktiſchen Bedeutung daran knüpft (§ 213—217.). Noch andere, und gerade die ſchwierigſten, haben zwar eine ganz hiſtoriſche, meiſt veraltete, Grundlage, aber es knüpfen ſich daran wichtige, noch in den neueſten Rechtsquellen (wenigſtens wörtlich) anerkannte, praktiſche Folgen. Dahin gehören die actiones stricti juris (Condictiones), bonae fidei, arbitrariae (§ 218—223.). Deren Bedeutung für das heutige Recht iſt der Gegenſtand der nun folgenden Unterſuchung.

Ich fange an mit den Condictionen und b. f. actiones. Die ganze hiſtoriſche Grundlage dieſes Gegenſatzes war ſchon im Juſtinianiſchen Recht verſchwunden. Damals wurden ſchon längſt alle Urtheile von öffentlichen Beamten ausgeſprochen; daher konnte weder ein Judex und

Arbiter durch größere oder geringere Macht unterſchieden, noch eine formula ſo oder anders abgefaßt werden. Allein an den alten, nunmehr verſchwundenen, hiſtoriſchen und formellen Gegenſatz hatten ſich zugleich ganz praktiſche Verſchiedenheiten angeknüpft, die großentheils im Juſtinianiſchen Recht erhalten ſind. Zwar eine der wichtigſten Eigenheiten der Condictionen, die sponsio tertiae partis bey der certi condictio, erſcheint hier nicht mehr; andere aber, die allerdings noch erſcheinen, ſind nicht minder erheblich. Juſtinian kann die Eigenthümlichkeit der b. f. actiones nicht für verſchwunden gehalten haben, da er ſelbſt es für nöthig hielt, mehreren Klagen dieſen Character ausdrücklich beyzulegen; namentlich der hereditatis petitio, und der anſtatt der alten rei uxoriae actio von ihm eingeführten actio ex stipulatu (Beylage XIII. Num. IX. XII.).

Ich gehe nun zur Erwägung des heutigen Rechtszuſtandes über. Für viel eingeſchränkter, als bey den Römern, müßten wir in jedem Fall die Anwendung jener Unterſchiede halten, weil die Gegenſtände derſelben großentheils verſchwunden ſind. Die Expenſilation war ſchon lange vor Juſtinian außer Gebrauch, und die Stipulation, als Grund von stricti juris actiones, kennen wir nicht mehr. Dennoch würde darin nur eine Verminderung des praktiſchen Unterſchieds liegen, nicht deſſen Aufhebung.

Indeſſen glaube ich, daß wir ſelbſt die an ſich noch möglichen Unterſchiede, auch ſoweit ſie im Juſtinianiſchen Recht erhalten ſind, in dem heutigen Recht nicht mehr

zulaſſen können, und daß überall, wo das Römiſche Recht eine verſchiedene Behandlung ſtrenger und freyer Klagen eintreten läßt, für uns nur allein das Princip der freyen, namentlich alſo der bonae fidei actiones, gelten kann. Die Annahme dieſer, durch allgemeines Gewohnheitsrecht herbeygeführten, wichtigen Veränderung ſoll nunmehr gerechtfertigt werden.

Eigentlich liegt darin kein neuer, dem Römiſchen Recht fremder, Gedanke, ſondern nur die Vollendung einer ſchon im früheren Recht erſcheinenden, in Juſtinians Geſetzgebung aber weit ſtärker hervortretenden Entwicklung. Auf verſchiedene Weiſe ſuchte man, dem Princip der freyen Klagen immer mehr Raum zu verſchaffen (a); die Ausdehnung der Compenſation, die urſprünglich nur für die b. f. actiones gelten ſollte, zuerſt auf die Condictionen, endlich auf alle Klagen überhaupt, iſt nur ein einzelnes Stück derſelben Rechtsentwicklung (b). Einen ſtarken Halt gab dem alten Actionenſyſtem lediglich der noch im Juſtinianiſchen Recht ſichtbare, ausgedehnte Gebrauch der Stipulation. Seit dem Verſchwinden derſelben war gar kein Grund mehr zur Fortdauer jenes Syſtems vorhanden, und die einzelnen, in den Rechtsquellen erhaltenen Überreſte des alten Unterſchieds waren nun ganz willkührlich und inconſequent geworden.

Für die Thatſache jener eingetretenen Veränderung

(a) Vgl. oben § 220, und Beylage XIII. Num. XX.
(b) Beylage XIII. Num. IV.

kann man sich zuversichtlich auf das Bewußtseyn aller Derjenigen berufen, welchen Rechtsgeschäfte nicht aus der Theorie, sondern nur aus Erfahrung bekannt sind. Es würde schwer seyn, einem Solchen begreiflich zu machen, daß die Schuld aus einem Darlehen, oder einem irrig gezahlten Indebitum, eine ganz andere Natur habe, als die aus einem Kauf oder Miethcontract; er müßte nothwendig Vorlesungen über Römisches Recht gehört haben, um es verstehen zu können. — Dieses wird noch gewisser durch die Vergleichung mit demjenigen heutigen Rechtsgeschäft, welches völlig die Natur eines Römischen stricti juris Contracts hat, dem Wechselgeschäft nämlich; hier weiß Jeder, daß die so contrahirte Schuld eine ganz andere Natur und Wirkung hat, als die oben erwähnten Verträge, welchen er dagegen eine unter sich durchaus gleichartige Wirkung zuschreiben wird. — Es kommt noch der wichtige Umstand hinzu, daß die erste Bedingung wirklich fortdauernder Rechtsregeln die Kenntniß derselben ist; nun lag aber der Unterschied der stricti juris und bonae fidei actiones bisher größtentheils im Dunkeln, und es ist erst durch die sehr neue und zufällige Entdeckung der Institutionen des Gajus möglich geworden, klar in dieser Sache zu sehen.

Eine unwidersprechliche Bestätigung jener Veränderung liegt ferner in einem unsrer Reichsgesetze. Der bestimmteste praktische Unterschied jener beiden Arten der Klagen, der auch jetzt noch als fortdauernd sehr wohl denkbar

wäre, findet ſich in den Verzugszinſen, die aus einem Darlehen, eben ſo wie bey der condictio indebiti, nicht ſollen gefordert werden können, anſtatt daß ſie bey der actio venditi, locati u. ſ. w. allerdings gelten (c). Nun ſagt aber der Reichsdeputationsabſchied von 1600 § 139, bey dem Gelddarlehen ſolle jeder Gläubiger, einer allgemeinen Präſumtion nach, Fünf Procent Zinſen zu fordern befugt ſeyn, mit dem Vorbehalt, einen in dieſer Gegend üblichen höheren Zinsfuß beweiſen zu dürfen. Es würde ganz irrig ſeyn, dieſes Geſetz als Aufhebung der bis dahin geltenden entgegengeſetzten Regel des Römiſchen Rechts anzuſehen. Es ſetzt vielmehr ſtillſchweigend voraus, daß im heutigen Recht alle Verträge die Natur der Römiſchen bonae fidei Contracte haben, und will nur den Beweis des landüblichen Zinsfußes durch eine Präſumtion erleichtern. Es wäre gewiß ſehr willkührlich, daneben noch bey der condictio indebiti die Verzugszinſen zu verſagen, oder irgend eine andere bey den Römern geltende Eigenthümlichkeit der str. j. actiones für das Darlehen oder die condictio indebiti feſt halten zu wollen.

Auch hat dieſe Veränderung bey der überwiegenden Anzahl neuerer Schriftſteller entſchiedene Anerkennung gefunden (d). Wenngleich nun die von Manchen für dieſe Behauptung aufgeſtellten Gründe ganz unbefriedigend

(c) Beylage XIII. Num. III.

(d) Höpfner Commentar § 1135. Glück B. 4 § 310. Thibaut § 71 der achten Ausgabe. Mühlenbruch Vol. 2 § 329. Außerdem auch noch die von Dieſen angeführten früheren Schriftſteller.

ſind (e), ſo iſt doch ihr Zeugniß für die Thatſache der Veränderung ſelbſt, und den damit allgemein übereinſtimmenden Gerichtsgebrauch, darum nicht weniger entſcheidend. Der partielle Widerſpruch aber, der ſich bey wenigen Schriftſtellern hierüber findet, beruht wohl nur auf Misverſtändniſſen, und würde auch von ihnen gewiß nicht in der dabey denkbaren Allgemeinheit geltend gemacht werden (f). — Beſondere Erwähnung verdient hier noch eine einzelne Anwendung des alten Unterſchieds. Ein Reſcript von Caracalla ſpricht aus, daß mit der condictio indebiti ſtets nur die gezahlte Summe ſelbſt, niemals Zinſen derſelben gefordert werden durften (g); offenbar wegen der

(e) Höpfner und Glück (Note d) gründen ſich darauf, daß der ganze Unterſchied auf dem bey uns verſchwundenen Formularcontracten beruhe; ſie ſetzen alſo den grundfalſchen Satz voraus, die Römer hätten nur bey der Stipulation eine stricti juris actio angenommen. Das Darlehen und das indebitum solutum ſind keine Formularcontracte, ſie kommen bey uns noch täglich vor, und ſie erzeugten bey den Römern stricti juris actiones, ſo gut als die Stipulation. Es iſt alſo unrichtig, das Verſchwinden der stricti juris actiones daraus erklären zu wollen, daß die einzigen Fälle, worin ſie von den Römern angewendet wurden, verſchwunden ſeyen.

(f) Schröter in Linde's Zeitſchrift B. 7 S. 389—392 behauptet die Fortdauer des alten Unterſchieds in Beziehung auf den Eid in litem. Das praktiſch Richtige in ſeiner Behauptung, nämlich die Unanwendbarkeit jenes Eides in manchen Fällen, liegt nicht in der stricti juris Natur dieſer Fälle, ſondern in dem Mangel anderer Bedingungen, ohne welche jener Eid nicht gilt. Vgl. oben §. 221. 222. — Liebe, Stipulation S. 93 behauptet die Fortdauer der stricti juris Natur bey dem einfachen Verſprechen (nudum pactum) des heutigen Rechts, weil dieſes, eben ſo wie die Römiſche Stipulation, eine blos formale Gültigkeit habe, im Gegenſatz der materiellen Verträge. Er ſucht den Grund der stricti juris Natur der Stipulation in einer Eigenſchaft, worin er in der That nicht liegt.

(g) *L.* 1 *C. de cond. indeb.* (4. 5.).

ſtrengen Condictionennatur, und im Gegenſatz der b. f. actiones, aus welchen von der Mora an Zinſen zu zahlen ſind. Daß alſo vor der Mora, von der Zeit der empfangenen Zahlung an, keine Zinſen gezahlt werden, iſt gar nichts Beſonderes, und verſteht ſich ohnehin von ſelbſt. Nun ſtreiten die Neueren darüber, ob jene Römiſche Vorſchrift noch gelte oder nicht; Manche ſagen, ſie gelte noch, nur mit Ausnahme der Mora (h); das heißt aber in der That ſo viel, als ſie gelte nicht, da ſie nur für die Mora einen beſonderen Rechtsſatz in ſich enthielt. Aus ſo verworrenen Begriffen hat nun in der That keine feſte Praxis entſtehen können; ja ſelbſt wenn ſie entſtanden wäre, müßten wir ihr alle bindende Kraft verſagen, da ſie nicht aus der Überzeugung eines neuen Rechtsbedürfniſſes, ſondern nur aus mangelhafter Wiſſenſchaft hervorgegangen ſeyn würde (§ 20.).

Es ergiebt ſich aus dieſer Unterſuchung, daß die Unterſcheidung der Condictionen von den b. f. actiones ihr praktiſches Intereſſe gänzlich verloren hat, und nur noch für die Rechtsgeſchichte, und als Nomenclatur für das Verſtändniß der Rechtsquellen von Wichtigkeit iſt. Es kann alſo lediglich in dieſem theoretiſchen, formellen Intereſſe geſchehen, daß wir in einzelnen Fällen unterſuchen, ob gerade eine condictio, oder eine andere Klage begründet ſey; in demſelben theoretiſchen Intereſſe, in welchem

(h) Glück B. 13 § 835.

wir auch den individuellen Namen der Klage für einen gegebenen Fall zu ermitteln ſuchen.

Wenn wir uns nun aus dieſen Gründen überzeugt finden, daß jene Eintheilung der Klagen ihre praktiſche Bedeutung für uns verloren hat, ſo drängt ſich noch der Zweifel auf, ob nicht hierin unſer heutiges Recht einen weſentlichen Verluſt erlitten habe, der für uns zu beklagen ſeyn dürfte. Dieſer Gedanke könnte für Diejenigen Schein gewinnen, welche etwa durch den oben (§ 219) gemachten Verſuch einer rationellen Erklärung jener Eintheilung überzeugt ſeyn möchten. Indeſſen gieng dieſer Verſuch nicht ſowohl darauf aus, die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit jener Behandlung an ſich zu rechtfertigen, als die Entſtehung und Ausbildung dieſer Gedanken bey den Römern zu erklären. Gleichſam vor unſren Augen entſteht für die Römer der Begriff von Obligationen in zwey verſchiedenen Familien. Sie geben dieſem Gedanken praktiſche Wichtigkeit durch die Einrichtung eines zwiefachen Richteramts mit verſchiedenen Attributionen; ſie geben ihm Individualität und Feſtigkeit durch die Aufſtellung feſter Klagformeln (i). So dauert dieſe Einrichtung Jahrhunderte lang fort, im Weſentlichen unverändert, allmälig durch neu entſtandenes Bedürfniß modificirt. Allein

(i) Es lag hierin gleichſam ein Extrem individueller Verkörperung, welches ſich in der Anwendung hier und da etwas unbequem zeigen mochte. Das andere Extrem, ohne Zweifel weit nachtheiliger, zeigt ſich in der allgemeinen Preußiſchen Gerichtsordnung, ſ. u. Note u.

im Lauf der Zeit war jene ſcharfe Scheidung von zweyerley Obligationen mehr in den Hintergrund getreten; Was ehemals ungleichartig erſchien, war nun zu einem Syſtem gleichartiger Obligationen ausgebildet worden (k). Die durchgreifende Veränderung der Gerichtsverfaſſung, wodurch alle Richtergeſchäfte ungetheilt in die Hände der Obrigkeit gelegt wurden, entzog jener Einrichtung ihre praktiſche Kraft, und ſo iſt Das, was wir davon in der Juſtinianiſchen Geſetzgebung finden, nur noch ein Schatten des urſprünglichen großartig einfachen Rechtsinſtituts. Auch dieſes Wenige aber, was dort noch übrig blieb, iſt bey dem Übergang in das neuere Recht untergegangen, und wir bemühen uns vergeblich, den todten Buchſtaben feſtzuhalten. Wir können alſo, im gewöhnlichen Sinn des Worts nicht ſagen, daß wir Etwas verloren hätten, welches zu beklagen wäre, deſſen Herſtellung wir verſuchen möchten. Unſrer höchſten Aufmerkſamkeit werth aber iſt hier Daſſelbe, was wir auch in anderen Theilen der Rechtsentwicklung zu bewundern haben: der juriſtiſche Kunſtſinn, womit die Römer dem höchſt mannichfaltigen Rechtsſtoff, den ihnen das wirkliche Leben darbot, individuellen Character, und eine faſt unzerſtörliche Dauer zu geben wußten. Daran können wir lernen, wenn wir die

(k) Dieſer Entwicklungsgang läßt ſich durch einige treffende Analogieen anſchaulich machen. So iſt das in bonis eine zweyte Art von dominium geworden, die bonorum possessio eine zweyte Art von hereditas; Beides war urſprünglich blos neben das alte Rechtsinſtitut geſtellt, als rein praktiſche Aushülfe in einzelnen Fällen des Bedürfniſſes.

Fähigkeit dazu aus dem mechanischen Geschäftsbetriebe zu retten vermögen, und wie sehr uns diese Lehre Noth thut, davon kann uns jeder Blick in heutige Gesetzgebung und Praxis überzeugen.

Nicht anders verhält es sich mit der eigenthümlichen Natur der arbitrariae actiones. Das Wichtigste bey denselben, die indirecte Beförderung der Naturalrestitution (§ 221), ist schon im Justinianischen Recht verschwunden, da nach demselben eine solche durch Execution unmittelbar erzwungen wird. Eine Aufforderung zur freywilligen Erfüllung, um der nachtheiligeren Verurtheilung zu entgehen, wäre freylich auch noch jetzt denkbar, allein diese Anstalt ist unsrem heutigen gemeinen Prozeß gewiß völlig fremd. Ja es ist sehr möglich, daß sie auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der § 31 *J. de act.*, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist. Aus dem alten Recht der arbitrariae actiones ist also nur noch der Satz übrig, daß in den Fällen derselben der Eid in litem vorzugsweise, als ein Vorrecht des Klägers, vorkommt; ja wir müssen den Eid jetzt auch bey solchen auf Restitution gerichteten Klagen gelten lassen, welche sonst, als stricti juris Klagen, dazu nicht geeignet waren (§ 222), weil für uns der Begriff der strengen Klagen verschwunden ist. Wenn also ein Indebitum nicht in Geld, sondern in einer individuell bestimmten Sache, aus Irrthum entrichtet war, und jetzt diese Sache zurück gefordert wird, so muß dabey aller-

dings der Eid in litem eintreten. Es würde aber unrichtig ſeyn, die Klagen, worin dieſer Gebrauch des Eides zuläſſig iſt, deshalb als arbitrariae actiones anſehen und bezeichnen zu wollen.

Manche werden es tadeln, daß dieſe Lehre, deren Unwerth für die heutige Anwendung des Rechts von den meiſten Schriftſtellern, und auch von mir ſelbſt behauptet wird, hier dennoch mit ſolcher Ausführlichkeit behandelt worden iſt. Wie wenig uns die Übereinſtimmung der Schriftſteller über den nachtheiligen Einfluß der hierin herrſchenden Irrthümer auf unſre Rechtskenntniß beruhigen kann, wird durch folgende Thatſachen einleuchtend werden. Wer die eben ſo irrige, als verworrene Darſtellung der Sache bey Höpfner betrachtet (l), muß ſich überzeugen, daß auf dieſem Boden die bedenklichſten praktiſchen Irrthümer wachſen und gedeihen können; hier liegt es nicht an der mangelhaften Individualität des Schriftſtellers, der außerdem gerade durch Klarheit der Begriffe und der Darſtellung ausgezeichnet iſt. Glück behauptet zwar auch, dieſe Lehre habe ihre Anwendbarkeit verloren; dennoch behandelt er ganz ernſthaft die condictio triticaria als ein noch geltendes Rechtsinſtitut, und unterſucht ausführlich ihre Bedingungen und Folgen (m); er hätte unfehlbar eine gleiche Ehre der certi und der incerti condictio widerfahren laſſen, wenn ſich zufällig Digeſtentitel

(l) Höpfner Commentar §1128—1134.

(m) Glück B. 13 §843. 844, beſonders S. 298.

mit ſolchen Überſchriften fänden. Gans behauptet mit großem Nachdruck, das Syſtem der Römiſchen Klagen müſſe der heutigen Darſtellung des Obligationenrechts zum Grunde gelegt werden, wenn dieſe zu einer befriedigenden Einſicht führen ſolle (n). Endlich zeigen die oben angeführten einzelnen Beyſpiele (Note f), wie wenig die Lehre unſrer meiſten Schriftſteller gegen ſtets erneuerte Angriffe geſichert iſt, indem die fortdauernde Gültigkeit des alten Klagenſyſtems immer wieder behauptet werden wird, ſolange nicht eine von Grund aus geführte Unterſuchung den ſchwankenden Meynungen ein Ziel geſetzt hat. Ob das hier Geleiſtete dieſen Zweck erreicht, kann freylich ſehr in Frage geſtellt werden; der darauf gerichtete Verſuch aber dürfte in den hier angegebenen Thatſachen wohl ſeine Rechtfertigung finden.

Wir müſſen jedoch noch einen Schritt weiter gehen, und der hier angeſtellten Unterſuchung einen gewiſſen Werth und Einfluß nicht blos für die Sicherheit der Theorie des Rechts, ſondern auch für die Anwendung deſſelben im wirklichen Leben zuſchreiben. Hierin aber fällt die Unterſuchung der Condictionen und der übrigen dargeſtellten Gattungen von Klagen zuſammen mit der Beſtimmung und Bezeichnung der einzelnen Klagen, wovon jene Gattungen ja nur die Grundlage bilden. Und Dieſes führt uns auf

(n) Gans Obligationenrecht S. 7. 9. 42. 132. — Später hat er hierin ſeine Meynung geändert: Syſtem des Römiſchen Civilrechts im Grundriſſe Berlin 1827. S. 226.

die überall vorkommende Behauptung, daß im heutigen Prozeß ſowohl die Auslaſſung, als die falſche Bezeichnung des Namens der Klage unſchädlich ſey, wenn nur die wirklich gemeynte Klage aus den Thatſachen und Anträgen der Parteyen mit Sicherheit hervorgehe (o). Dieſes muß nicht nur für unſere Zeit unbedingt zugegeben, ſondern ſelbſt für das ältere Römiſche Recht gewiſſermaßen behauptet werden. Auch in dem Formularprozeß wurde nicht eigentlich der Name der Klage genannt, ſondern nur die formula angegeben (p), und auch dieſe war oft ſo allgemein, daß ſie das individuelle Klagrecht nicht bezeichnete (q). Vollends ſeit der Aufhebung der ordinaria judicia konnte auch von einer formula nicht mehr die Rede ſeyn. Allein für den urtheilenden Richter ſteht es ganz anders. Wenn ſich Dieſer damit begnügt, blos im Allgemeinen zu prüfen, welcher Theil Recht oder Unrecht habe, ſo iſt er in Gefahr, ſich ganz in's Allgemeine und Unbeſtimmte zu verlieren. Will er aber die gegenſeitigen Anſprüche individualiſiren, ſo iſt ihm dabey im Römiſchen

(o) Coccejı jus controv. II. 13 qu. 3. Weber Beyträge St. 2 S. 6. — Manche Gerichte haben dieſe Regel ſo übertrieben, daß auch gegen den Willen (d. h. den Antrag) der Parteyen die ihnen günſtigen Folgen der vorgetragenen Thatſachen vom Richter geltend gemacht werden ſollen. Cannegiesser Dec. Hasso-Cassell. T. 1 p. 307. 507. 572. Mit Recht erklärt ſich dagegen Gönner Handbuch B. 1 Num. X. § 11.

(p) In der Formel: Si paret, fundum Agerii esse kam der Name rei vindicatio nicht vor, eben ſo in der Formel: Si paret, centum dari oportere nicht der Name condictio. Das waren blos theoretiſche Bezeichnungen.

(q) Beylage XIV. Num. XXXII. XXXIII.

Recht die Nomenclatur der Klagen völlig unentbehrlich; denn dieſe iſt für das Syſtem des praktiſchen Rechts ungefähr Das, was die Grammatik für die Sprache iſt. Ich kann mich auf die Erfahrung eines Jeden berufen, der die gemeinrechtliche Praxis kennt, wie ſehr die Beurtheilung der Rechtsverhältniſſe ſelbſt durch jene Nomenclatur an Schärfe und Sicherheit gewinnt (r). — Manche neuere Schriftſteller haben Dieſes recht gut eingeſehen (s), während Andere jene Behauptung der praktiſchen Gleichgültigkeit der Nomenclatur dahin umbilden, daß uns die Mühe theoretiſcher Unterſuchungen abgenommen, damit aber auch die wahrhaft heilſame Frucht derſelben für das praktiſche Recht entzogen ſeyn ſollte.

Um die praktiſche Gleichgültigkeit der Klagnamen zu beweiſen, führt man unnöthigerweiſe eine Stelle des canoniſchen Rechts an, welche allerdings dieſe Regel ausſpricht, aber in Ausdrücken, nach welchen man annehmen kann, daß ſich der Verfaſſer den eben erörterten Unterſchied nicht klar gemacht habe, und welche daher zur Unterſtützung der hier gerügten irrigen Anſicht beytragen mußten (t). Ein Gleiches iſt von einer Vorſchrift des

(r) Vgl. B. 1 § 20 S. 92.

(s) Coccii jus controv. II. 13 qu. 3 „Obj. 2. Quod actionum nomina frustra essent inventa. Resp. *Imo manet eorum usus ad rite discernenda negotia.*"

(t) *C.* 6. *X. de jud.* (2. 1.). „Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cujusmodi actio intentetur, inquiratis,* sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem ... investigare curetis." Hier geht die Warnung gegen die theoretiſche Unterſuchung, wodurch der Richter ſein Urtheil auf feſten Grund zu bauen ſuchen

Preußiſchen Prozeſſes zu behaupten, welche gegen die ängſtliche Beachtung der aus dem Römiſchen Recht hergebrachten Nomenclatur warnt (u), und damit um ſo ſicheren Erfolg haben mußte, als das gleichzeitige allgemeine Landrecht eine ſolche Nomenclatur nicht hat. Die nachtheiligen Folgen dieſer Veränderung haben ſich in der hieraus entſprungenen Praxis ſehr fühlbar gemacht.

§. 225.

Vertheidigung des Beklagten. Einleitung. Duplex actio.

Die Verwandlung der Rechte überhaupt in Klagrechte, in Folge von Verletzungen, iſt nunmehr dargeſtellt, und es ſind zugleich die mannichfaltigen Rechtsbildungen nachgewieſen worden, die in dieſer Verwandlung ihre gemeinſame Wurzel haben. Da jedoch im wirklichen Leben jedes Klagrecht zunächſt nur als eine einſeitige Behauptung erſcheint, die eben ſowohl wahr als falſch ſeyn kann, ſo

möchte. Mit einer ſolchen Unterſuchung iſt die nachher richtig empfohlene Prüfung der thatſächlichen Wahrheit gar wohl vereinbar.

(u) Allgemeine Gerichtsordnung Th. 1 Tit. V § 20. „Sie müſſen ſich aber auch dabei an die aus dem ehemaligen Römiſchen Rechte hergeleiteten und von den Lehrern deſſelben gebildeten ſogenannten Genera et Formulas actionum nicht ängſtlich binden; folglich auch keine angegebene Thatſache bloß um deswillen verwerfen, oder unerörtert laſſen, weil dieſelbe auf dieſe oder jene Gattung von Klagen nicht zu paſſen ſcheint.“ Ob dieſe oder jene Gattung von Klagen paßt, iſt freylich gleichgültig, wenn aber gar keine paſſen will, ſo iſt das ein Kennzeichen, daß überhaupt kein wirkliches Recht vorhanden iſt, mag auch der Richter aus einem unklaren Billigkeitsgefühl geneigt ſeyn, ein ſolches anzunehmen.

tritt der Klage gegenüber die Vertheidigung des Beklagten, und dieſes Verhältniß von Gegenſätzen iſt dann noch einer ferneren Entwicklung fähig.

In der Regel nun erſcheint dieſes Verhältniß ganz ſo einfach, wie es hier vorläufig angegeben worden iſt. Dem Kläger ſteht ein Beklagter gegenüber, und Jeder von Beiden hat dieſe ſeine Eigenſchaft durch den ganzen Rechtsſtreit durchzuführen. Es giebt aber auch eine kleine Anzahl ausgenommener Fälle, worin jede Partey beide Eigenſchaften in ſich wirklich vereinigt, ſo daß Jeder Kläger iſt, und doch zugleich als Beklagter verurtheilt werden kann. Dieſe Klagen heißen duplices actiones, duplicia judicia, und diejenigen unter ihnen, welche Interdicte ſind, duplicia interdicta (a); einmal werden ſie auch mixtae actiones genannt (b). In unſren Rechtsquellen werden nur folgende Fälle namentlich als ſolche bezeichnet. Erſtlich die drey ſogenannten Theilungsklagen: communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum (c). Ferner die zwey interdicta retinendae possessionis, uti possidetis und utrubi (d). In allen dieſen Klagen alſo

(a) Savigny Recht des Beſitzes § 37. Der Ausdruck duplex interdictum hat aber noch eine ganz andere Bedeutung, nämlich die eines Interdicts, welches bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis iſt. Ulpiani fragm. de interdictis, *L.* 2 § 3 *de interdictis* (43. 1.). Savigny a. a. O., S. 481 der 6ten Ausg.

(b) *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(c) *L.* 2 § 1 *comm. div.* (10. 3), *L.* 2 § 3 *L.* 44 § 4 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 10 *fin. reg.* (10. 1), *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(d) Gajus IV. § 160, § 7 *J. de interd.* (4. 15), *L.* 2 *pr. de interd.* (43. 1), *L.* 3 § 1 *uti poss.*

kann jeder Theil verurtheilt werden, anſtatt daß in den meiſten Klagen nur der Beklagte verurtheilt, der Kläger höchſtens abgewieſen werden kann. In manchen Beziehungen freylich iſt es auch bey jenen Klagen unentbehrlich, den Kläger vom Beklagten zu unterſcheiden, namentlich wenn ein Beweis auferlegt werden ſoll; nun gilt als Kläger Derjenige, welcher ſich zuerſt an den Richter gewendet hat, und wenn Dieſes von Beiden gleichzeitig geſchah, ſo entſcheidet das Loos (e).

Kehren wir von dieſen wenigen Ausnahmen zu dem einfachen, regelmäßigen Verhältniß zurück, worin Ein Kläger Einem Beklagten gegenüber ſteht, ſo haben wir zunächſt den möglichen Inhalt der Vertheidigung zu erwägen, und die in derſelben denkbaren Verſchiedenheiten anzugeben.

Die Vertheidigung kann ſich gründen erſtlich auf die Verneinung des gegenwärtigen Daſeyns des vom Kläger behaupteten Rechts; zweytens auf die Entgegenſetzung eines andern, von jenem verſchiedenen, dem Beklagten zuſtehenden Rechts, wodurch das Recht des Klägers, deſſen Daſeyn vorausgeſetzt, in ſeiner Klagwirkung gehemmt wird.

(43. 17), *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(e) *L.* 13. 14 *de judic.* (5. 1), *L.* 2 § 1 *comm. div.* (10. 3.). — Eine ganz ähnliche Natur haben die praejudicia, wobey es auch für die Entſcheidung gleichgültig iſt, wer als Kläger auftritt, ſo daß der Kläger nach derſelben Regel wie bey jenen Klagen ermittelt wird. *L.* 12 *de exc.* (44. 1.). Der Unterſchied iſt nur der, daß bey den duplices actiones jeder Theil condemnirt werden kann, bey den praejudiciis keiner von beiden; daher iſt auch auf dieſe letzten jene Benennung nicht angewendet worden.

Die Verneinung aber läßt sich wiederum auf zweyerley Weise denken; sie kann nämlich auf die ganze Vergangenheit gerichtet seyn, also das Daseyn des Rechts für alle Zeiten ausschließen; sie kann aber auch dessen früheres Daseyn zugeben, und nur die spätere Vernichtung behaupten. Um beide Fälle kurz und bestimmt unterscheiden zu können, will ich die erste Art als *absolute*, die zweyte als *relative* Verneinung bezeichnen.

Eines der wichtigsten praktischen Momente im Verhältniß des Klägers zum Beklagten ist die Beweislast; obgleich nun diese erst an einer späteren Stelle ihre Erledigung finden kann, so soll doch schon hier das Verhältniß derselben zu den verschiedenen Arten der Vertheidigung vorläufig angegeben werden.

Aus der eben angestellten Betrachtung ergeben sich drey Klassen möglicher Vertheidigung.

I. *Absolute Verneinung.* Als einfachste Beyspiele können die Fälle dienen, wenn bey einer Vindication die behauptete Tradition, bey einer Schuldklage der behauptete Contract, verneint wird. — Die Beweislast trifft in der Regel den Kläger.

II. *Relative Verneinung.* Beyspiele: bey der Vindication wird behauptet, der Kläger habe das Eigenthum zwar gehabt, aber veräußert; bey der Schuldklage wird die Bezahlung behauptet. — Die Beweislast trifft den Beklagten.

III. Bestreitung durch ein *entgegenstehendes Recht*

des Beklagten. Beyſpiele: bey der Vindication die Exception aus einem jus in re (f) oder einem Contract; bey der publiciana die exceptio dominii (g); bey allen Klagen die exceptio rei judicatae. — Die Beweislaſt trifft den Beklagten.

Die eigenthümliche Natur dieſer drey Klaſſen möglicher Vertheidigung wird durch folgende nähere Beſtimmungen vollſtändiger zur Anſchauung kommen.

Die erſte Klaſſe (abſolute Verneinung) erſcheint nicht immer in der rein logiſchen Form der Verneinung. Denn wenn die Klage ſelbſt als Bedingung ein negatives Element in ſich ſchließt, ſo erſcheint die Verneinung deſſelben in der logiſchen Form einer Bejahung, und dennoch trifft nicht minder den Kläger die Beweislaſt. So gehört zur Begründung der condictio indebiti die Behauptung einer Nichtſchuld, und der abſolute Widerſpruch dagegen iſt die Behauptung einer Schuld; der Kläger aber hat die Nichtſchuld zu beweiſen.

Weit wichtiger aber für die wahre Natur jener erſten Klaſſe iſt folgender Umſtand. Zu den weſentlichen Elementen jeder Klage gehört nur das allgemeine Daſeyn der factiſchen Bedingungen des beſtrittenen Rechts. Die gehörige, regelmäßige Beſchaffenheit dieſer Bedingungen verſteht ſich dann von ſelbſt, und wenn dieſe von dem Beklagten verneint wird, ſo tritt er damit in daſſelbe Ver-

(f) *L.* 6 § 9 *comm. div.* (10. 3), *L.* 1 § 4 *de superfic.* (43. 18.).

(g) *L.* 17 *de public.* (6. 2.).

hältniß, wie wenn er (bey der relativen Verneinung) die spätere Aufhebung des früher vorhandenen Rechts behauptet: er trägt nämlich auch hier die Last des Beweises. Dieses Verhältniß ist von der wichtigsten und ausgedehntesten Anwendung. Es tritt ein, wenn bey einer Contractsklage der Beklagte die Unmündigkeit oder den Wahnsinn eines Contrahenten behauptet; eben so bey der Behauptung, daß ein im Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt, oder daß es alternativ gewesen sey; eben so wenn der Beklagte das Daseyn einer Erklärung einräumt, jedoch hinzufügt, es sey eine Erklärung ohne Willen gewesen (§ 134—138). Dieser wichtigen Regel liegt zum Grunde die Annahme, daß, bey dem scheinbaren Auftreten und Handeln eines Menschen, das vollständige Daseyn dieses Menschen als eines willensfähigen Wesens sich als Regel von selbst versteht; eben so wie bey einer scheinbaren Willenserklärung die Übereinstimmung der Erklärung mit dem wirklichen Willen, deren natürliches Zeichen sie ist (g[1]).

Die zweyte Klasse der Vertheidigung (relative Verneinung) hat eine zweydeutige Natur. Sie erscheint als Verneinung, wenn man auf das Recht der Klage sieht, da dieses als jetzt gar nicht vorhanden angegeben wird; als Bejahung, mit Hinsicht auf den thatsächlichen Grund der Klage. Nach der einen Auffassung erscheint sie in näherer Verwandtschaft mit der ersten Klasse der Verthei-

(g[1]) Bethmann-Hollweg Versuche über Prozeß S. 349—360.

digung, nach der andern mit der dritten Klaſſe. Die erſte Auffaſſung aber iſt ohne Zweifel dem Römiſchen Recht angemeſſen, und dieſes Verhältniß eben ſoll durch die von mir gewählte Terminologie ausgedrückt werden (h).

Über das Verhältniß der dritten Klaſſe der Vertheidigung zu den beiden erſten iſt Folgendes zu bemerken. Die Gränze derſelben, das heißt die Unterſcheidung der Fälle, die dem einen oder dem andern Gebiet angehören, iſt groſſentheils von poſitiven Rechtsregeln abhängig, hat alſo einen hiſtoriſchen Character, ſo daß darin Manches anders ſeyn könnte, auch wohl bey dem Übergang des Römiſchen Rechts in die neuere Zeit anders geworden iſt. So gehört die Berufung des Beklagten auf Unmündigkeit oder Wahnſinn eines Contrahenten zur erſten Klaſſe der Vertheidigung, die Berufung auf Zwang oder Betrug zur dritten. Behauptet der Beklagte, eine Schuld ſey durch Acceptilation oder Novation, oder eine Servitut ſey durch Nichtgebrauch aufgehoben worden, ſo liegt darin eine relative Verneinung, oder eine Vertheidigung der zweyten Klaſſe; behauptet er die Aufhebung der Schuld durch unförmlichen Vertrag, ſo gehört ſeine Vertheidigung meiſt zur dritten Klaſſe. Dieſe Unterſcheidung nun des unförm-

(h) Eine ähnliche Verſchiedenheit der Behandlung findet ſich auch in anderen Inſtituten des Prozeſſes. Der Eid wurde bey den Römern (wenigſtens gewiß zur Zeit der alten Juriſten) über das Daſeyn der Rechtsverhältniſſe ſelbſt geſchworen; im heutigen Recht kann er nur die Thatſachen betreffen, woraus die Rechtsverhältniſſe entſpringen.

lichen Vertrags von der Acceptilation und Novation ist im heutigen Recht entschieden verschwunden.

Dagegen ist der praktische Character der Vertheidigung dritter Klasse von dem der beiden ersten Klassen nicht blos historisch, sondern in seinem innern Wesen verschieden. Der durchgreifende Unterschied aber besteht darin, daß in den Fällen der dritten Klasse zwey verschiedene, selbstständige Rechte zu berücksichtigen sind, deren jedes wieder seine eigene Schicksale haben kann. So kann das jus in re, welches eine Exception gegen die Vindication begründete, wieder verloren werden; die exceptio rei judicatae gegen eine Schuldklage kann durch Vertrag entkräftet werden (i). Wenn dagegen einer Vindication die Veräußerung des Eigenthums, oder einer Schuldklage die Zahlung der Schuld entgegengesetzt wird, so kann die vernichtende Kraft dieser Rechtsgeschäfte unmöglich durch spätere Ereignisse, z. B. Verträge, geschwächt worden seyn, da überhaupt Nichts mehr vorhanden war, das einer späteren Entwicklung empfänglich gewesen wäre. Es könnte in diesen Fällen höchstens ein neues Eigenthum, oder eine neue Schuldforderung erworben werden, welche Rechte jedoch mit den früheren gleichartigen Rechten des Klägers keinen inneren Zusammenhang haben würden (k). Es ist wohl zu be-

(i) Für solche Fälle gilt der Ausdruck der *L.* 95 § 2 *de solut.* (46. 3) „incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere." — *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14) „Pactus *ne peteret*, postea convenit *ut peteret*: prius pactum per posterius elidetur .... et ideo replicatione exceptio elidetur."

(k) *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14.). ... „Sed si pactum con-

merken, daß dieſer Unterſchied in dem inneren Weſen der Rechtsverhältniſſe gegründet iſt, alſo keinen blos hiſtoriſchen Character hat. Zwar die Anwendung auf manche einzelne Fälle kann durch poſitives Recht ſo oder anders beſtimmt werden, wie Dieſes ſchon oben bemerkt worden iſt; aber die Unmöglichkeit, etwas wahrhaft Vernichtetes wieder zu Kräften zu bringen, hat keine hiſtoriſche Natur. Dasjenige, was dieſen Schein an ſich trägt, und etwa dafür ausgegeben wird, kann nur die Errichtung eines ganz neuen Rechtsverhältniſſes ſeyn, wenngleich Daſſelbe dem früheren durch Gegenſtand und Geldwerth ähnlich, alſo für den praktiſchen Zweck des Verkehrs mit ihm gleichgeltend ſeyn mag.

Die Art, wie die Römer die hier dargeſtellten Gegenſätze aufgefaßt und anerkannt haben, zeigt ſich am Deutlichſten in denjenigen Klagen, die eine formula in jus concepta hatten. Die Intentio: fundum Agerii esse, oder Numerium centum dare oportere, gieng auf das gegenwärtige Daſeyn des Rechtsverhältniſſes, enthielt alſo ſchon unmittelbar die Beachtung der beiden erſten Klaſſen möglicher Vertheidigung. Der Zuſatz: nisi soluta pecunia sit

ventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo *ut agere possit*, agere: quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in b. f. contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: *non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.*"

wäre eine ganz müſſige Wiederholung geweſen, und kam daher niemals vor, da man von dem Schuldner, welcher gezahlt hat, unmöglich noch ſagen kann: eum dare oportere; wenn ſich alſo der Judex überzeugte, daß die Schuld bezahlt ſey, ſo war er durch die Worte: si non paret (dari oportere) absolve ſchon unmittelbar zur Abſolution angewieſen. Ganz anders, wenn der Beklagte das Daſeyn des Eigenthums oder der Schuld dahin geſtellt ſeyn läßt, und ſich blos auf ein ſchon geſprochenes rechtskräftiges Urtheil beruft. Dieſen Umſtand zu berückſichtigen, enthielten jene Worte der Intentio durchaus keine Anweiſung, ſo daß dafür durch den Zuſatz geſorgt werden mußte: si ea res judicata non sit. Daß bey manchen Klagen dieſer Zuſatz durchaus in der Formel ausgedrückt ſeyn mußte, um beachtet werden zu können, bey anderen Klagen aber vom Richter ſupplirt werden durfte (l), ändert im Weſen jenes Unterſchieds der Vertheidigungsmittel Nichts.

Weniger beſtimmt waren in dieſer Hinſicht die formulae in factum conceptae. Auch bey ihnen wurde zuweilen der Ausdruck ſo gefaßt, daß er ſchon unmittelbar auf die Beachtung der relativen Verneinung führte (m), zuweilen auch nicht (n). Es war aber hier die geringere

(l) Beylage XIII. Nnm. IV. Darauf geht der Ausdruck: exceptio *inest* actioni, d. h. ſie iſt ſo anzuſehen, als ob ſie in der Formel ausgedrückt wäre. — Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3. § 98 will Dieſes mit Unrecht als eine Eigenthümlichkeit der b. f. actiones behandeln, da es in der That auf alle freye Klagen geht.

(m) Gajus IV. § 47 „... eamque dolo malo .. redditam non esse" ...

(n) Gajus IV. § 46; nach der

Genauigkeit des Ausdrucks weniger bedenklich, weil dieſe Formeln hauptſächlich bey allen prätoriſchen Klagen gebraucht wurden, in welchen ohnehin der Richter ſehr freye Macht hatte (o).

So fand alſo im älteren Römiſchen Prozeß der weſentliche Unterſchied, den wir zwiſchen den beiden erſten Arten der Vertheidigung und der dritten Art wahrgenommen haben, ſeinen beſtimmten und anſchaulichen Ausdruck in der Faſſung der Formeln. Dieſes führt uns auf die genauere Betrachtung der Exceptionen.

§. 226.

Exceptionen. Form. Geſchichte.

Zimmern Geſchichte des Römiſchen Privatrechts B. 3 (1829) § 91—98.

J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprozeſſes München 1835.

Exceptio iſt der Römiſche Ausdruck für diejenige Art der Vertheidigung eines Beklagten, welche auf der Behauptung eines ſelbſtſtändigen Rechts deſſelben beruht. Sie führt dieſen Namen, weil ſie darauf abzweckt, eine Freyſprechung als Ausnahme zu bewirken, ſelbſt wenn das

wörtlichen Faſſung dieſer Formel könnte man glauben, daß ſelbſt die freywillige Zahlung der Strafe den Freygelaſſenen nicht von der Verurtheilung befreyt hätte, welches doch gewiß nicht anzunehmen iſt.

(o) Beylage XIII. Num. VI. Außer den prätoriſchen Klagen hatten auch einige wenige Civilklagen eine formula in factum concepta, dieſe aber waren b. f. actiones, alſo gleichfalls Klagen mit freyer Macht des urtheilenden Richters. Gajus IV. § 47.

vom Kläger behauptete Recht an ſich vorhanden ſeyn ſollte. Daher wurde der Intentio und Condemnatio: Si paret fundum Agerii esse, oder centum dari oportere ... condemna, die Ausnahme hinzugefügt: si ea res judicata non sit. Es erklärt ſich hieraus der negative Ausdruck aller Exceptionen im Verhältniß zu der poſitiven Anweiſung der, unter Vorausſetzung der Wahrheit der Intentio, auszuſprechenden Condemnatio (a); ferner die bey mehreren alten Juriſten vorkommende Erklärung der Exceptio als einer Bedingung der Condemnatio (b). Nämlich ſchon die Intentio ſelbſt iſt eine Bedingung (Si paret); zu

(a) Gajus IV. § 119. „Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quia (ejus quod?) adfirmat is, cum quo agitur .... ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit" rel. — Vgl. Zimmern S. 296. — Mit Unrecht hat man die Allgemeinheit dieſer negativen Faſſung bezweifeln wollen (Albrecht S. 21.) wegen mancher poſitiv ausgedrückten Stellen, z. B. *L.* 11 § 3 *de exc. rei jud.* (44. 2.) „ ... obstaret exceptio, *quod res judicata sit inter me et te.*" Solche Stellen enthalten nur allgemeine Angaben des Inhalts; in der Formel ſelbſt lautete die Faſſung gewiß negativ. — Zimmern S. 298 hält die Exceptionsformel mit extra quam si für poſitiv; allein extra quam si heißt genau ſo viel als nisi, die eine Formel iſt alſo völlig ſo negativ wie die andere.

(b) *L.* 22 *pr. de exc.* (44. 1.). „Exceptio est *condicio*, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem." — Gajus IV. § 119 (vgl. Note a.). — Im Weſentlichen damit übereinſtimmend iſt *L.* 2 *pr. de exc.* (44. 1.). „Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio ... ad cludendum (excludendum? intercludendum?) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Daher heißt eine Klage ohne Exception judicium *purum*. Cicero de inventione II. 20.

dieſer Hauptbedingung aber tritt jetzt als Nebenbedingung hinzu die Nichtexiſtenz der Exception, und Das iſt es, was jene Juriſten ausdrücken wollen (c). Die Exception iſt alſo allerdings eine Vertheidigung des Beklagten (d), aber nicht jede Vertheidigung überhaupt darf ſo genannt werden, ſondern nur eine einzelne Art derſelben (e). Der Ausdruck wird im alten Recht niemals gebraucht, um die abſolute, oder ſelbſt die relative Verneinung zu bezeichnen, ſo daß die Ausdrücke exceptio solutionis, usucapionis u. ſ. w. gewiß bey keinem alten Juriſten vorkommen (f).

(c) Mit Unrecht haben Manche behauptet, die in den Noten a. und b. mitgetheilten Definitionen ſeyen ſo allgemein gefaßt, daß ſie auch wohl auf die relativen Verneinungen paßten; alſo den Ausdruck solutionis exceptio rechtfertigen könnten (Mühlenbruch § 137 not. 2.). Denn die drey angeführte Stellen erklären übereinſtimmend die Exception für eine Einſchränkung oder Bedingung des in der Intentio und Condemnatio ausgedrückten Gedankens, alſo für etwas außer dieſem Gedanken Liegendes, in ihm nicht ſchon Enthaltenes. Jede Verneinung aber, ſowohl die abſolute als die relative, bezieht ſich unmittelbar auf jenen Gedanken ſelbſt. Denn auch wer die Zahlung einer Schuld behauptet, will damit ſagen: se dare *non oportere*, verneint alſo die Intentio geradezu, und will nicht *condicionalem* facere condemnationem.

(d) *pr. J. de except.* (4. 13.). „Comparatae sunt autem exceptiones *defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur.*" Eben ſo Gajus IV. § 116, nur ſteht hier in der Handſchrift reorum ſtatt eorum.

(e) So heißt es in *L.* 56 *de cond. ind.* (12. 6.) „*exceptionis* defensio," welcher Ausdruck andeutet, daß es außer der Exception auch noch andere Arten der defensio gebe.

(f) Die verbale Form excipere galt nicht eben ſo als eigenthümlicher Kunſtausdruck, ſo daß hier der Sprachgebrauch weniger ſtreng war. *L.* 18 § 2 *de prob.* (22. 3.) „.. qui excepit *se non respondisse.*" In keinem Fall kann dieſe Stelle dazu benutzt werden, die von vielen Neueren behauptete Erweiterung des Ausdrucks auf die relative Verneinung (wie die exceptio solutionis) zu rechtfertigen. Denn in dieſer Stelle iſt ſogar

Da die Exceptionen Beſtandtheile der von dem Prätor ausgehenden formula waren, ſo hatte der Beklagte darum zu bitten, der Prätor ſie zu gewähren oder zu verweigern (g). Ihre wörtliche Aufnahme in die Formel war bey den ſtrengen Klagen nöthig, bey den freyen Klagen zwar nicht nöthig, aber doch ſehr gewöhnlich, und ſie wurde auch hier ſchwerlich verweigert, wenn der Beklagte darum bat (§ 225.). Sie wurde aber, eben ſo wie die actio, nur gegeben, wo eine Thatſache ſtreitig war, da außerdem der Prätor gleich unmittelbar entſcheiden konnte, ohne eines Judex zu bedürfen (h).

Der Ausdruck Praescriptio iſt im Juſtinianiſchen Recht völlig gleichbedeutend mit Exceptio, ſo daß überall beide Ausdrücke ohne Gefahr abwechſlend gebraucht werden können (i). Erſt durch Gajus haben wir folgenden Urſprung

von einer abſoluten Verneinung die Rede, und von dieſer behauptet Niemand, daß ſie von den Römern exceptio genannt worden ſey, oder von uns ſo genannt werden dürfe.

(g) Darauf gehen die Ausdrücke: exceptionem petere, postulare, dare, addere, reddere, denegare.

(h) *L.* 9 *pr. de jurejur.* (12. 2.). „.. posteaquam juratum est, *denegatur actio:* aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an jusjurandum datum sit, *exceptioni locus est.*" Die Exception wird alſo nur angewendet, wenn die Thatſache beſtritten iſt.

(i) Dafür beweiſen die Rubriken Dig. 44. 1 und Cod. 8. 36; dann eine Stelle des Paulus, worin für einen und denſelben Fall abwechſlend praescriptio und exceptio geſagt wird. *L.* 12 *de div. temp. pr.* (44. 3.); ferner praescriptio peremtoria, dilatoria in *L.* 8. 12 *C. de except.* (8. 36.); doli, rei judicatae, in factum praescriptio, wo ſonſt faſt immer exceptio vorkommt. *L.* 91 *de solut.* (46. 3.), *L.* 29 *pr. de exc. rei jud.* (44. 2.), *L.* 23 *de except.* (44. 1.). — Umgekehrt: Exceptio longae possessionis in *L.* 5 § 1 *de div.*

dieſes Sprachgebrauchs kennen gelernt (k). Im älteren Prozeß wurden manche Einſchränkungen der Intentio und Condemnatio (welche beide ſtets als ein zuſammenhängendes Ganze gedacht werden müſſen) vor die Intentio geſetzt, und erhielten von dieſer Stellung den natürlichen Namen Praescriptio. Manche derſelben wurden im Intereſſe des Klägers, und auf deſſen Antrag, aufgenommen: andere im Intereſſe und auf den Antrag des Beklagten. Dieſe letzten waren nun wahre, eigentliche Exceptionen, und es geſchah wohl blos zufällig, daß einige Exceptionen auf dieſe Weiſe voran geſchrieben wurden, anſtatt daß die meiſten von jeher hinter der Intentio ſtanden (l). Späterhin wurde dieſe Einrichtung dahin abgeändert, daß nur noch die vom Kläger veranlaßten Einſchränkungen voran geſchrieben wurden, alle Exceptionen des Beklagten aber an das Ende der Formel. Diejenigen unter ihnen, welche von ihrer früheren Stellung den Namen Praescriptiones

temp. (44. 3.), und temporalis exceptio in *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.), anſtatt des hierin üblicheren praescriptio. Ja dieſe umgekehrte Abwechslung konnte zu allen Zeiten vorkommen, da der Name Exceptio gar keine Beziehung auf die Stelle in der Formel hat. So giebt in der That Cicero de inv. II. 20 einer unzweifelhaften Praescriptio den Namen Exceptio, und dieſe Benennung iſt gar nicht, wie Zimmern S. 297 annimmt, für einen uneigentlichen Ausdruck zu halten. — Noch mehrere Stellen finden ſich bey Unterholzner Verjährungslehre I. S. 10. 11.

(k) Gajus IV. § 130 — 137. Zimmern § 96. 97, wo dieſer Gegenſtand gründlich, mitunter wohl zu ſubtil, behandelt iſt.

(l) Ohne Zweifel auch hinter der Condemnatio. Zimmern S. 285 ſetzt die Exceptionen zwiſchen die Intentio und Condemnatio, welches wohl in vielen Fällen einen unbehülflichen und undeutlichen Ausdruck veranlaßt hätte.

erhalten hatten, behielten denselben, auch nachdem er aufgehört hatte passend zu seyn, dennoch bey, und so gewöhnte man sich daran, Praescriptio für einen mit Exceptio gleichbedeutenden Namen anzusehen. Dieser veränderte Sprachgebrauch aber wurde noch sehr befördert durch den Untergang des ordo judiciorum, indem nun keine formulae mehr geschrieben wurden, in welchen man verschiedene Stellen hätte unterscheiden können, auch die früheren im Interesse des Klägers gemachten Einschränkungen völlig verschwanden. Allerdings ist bey den einzelnen Exceptionen der eine oder der andere Name vorherrschend, so daß die abweichende Bezeichnung nur als seltene Ausnahme erscheint (Note i.). Dieses ist ohne Zweifel daraus zu erklären, daß z. B. die doli und rei judicatae exceptio stets am Ende der Formel standen, anstatt daß die temporis und die fori praescriptio in früherer Zeit voran geschrieben wurden. — Bey den neueren Juristen freylich, und schon seit mehreren Jahrhunderten, hat der Ausdruck Praescriptio, zur großen Verwirrung der Rechtswissenschaft, eine ganz andere Bedeutung angenommen, nämlich die der Verjährung, welche Veränderung des Sprachgebrauchs jedoch an dieser Stelle gar nicht zu beachten ist (l[1]).

Die Exceptio, in der hier dargestellten Prozeßform, kann erst gebraucht worden seyn seit der Entstehung des ordo judiciorum, in den alten Legis actiones kam sie

(l[1]) Vgl. oben B. 4 § 178.

nicht vor (m). Es wäre ſogar möglich, daß ſie erſt längere Zeit nach dem Anfang des Formularprozeſſes ihren Urſprung gehabt hätte, obgleich es nicht wahrſcheinlich iſt, daß man dieſe ſo zweckmäßige und nahe liegende Form lange vernachläſſigt haben ſollte.

Mit dem Untergang des ordo judiciorum hörten auch die Exceptionen in der angegebenen Prozeßform auf. Sie waren nun nicht mehr ein Stück der vom Prätor abgefaßten, an den Judex gerichteten, formula, ſondern ſie wurden das, was ſie bey uns ſind, bloße Anträge des Beklagten an den obrigkeitlichen Richter (n). Es iſt jedoch irrig, wenn Manche annehmen, daß damit das innere Weſen der alten Exceptionen verſchwunden, oder auch nur weſentlich verändert worden wäre. Verſchwunden war allerdings Dasjenige, was an den Exceptionen der früheren Zeit lediglich dem Prozeß angehört hatte, alſo namentlich die verſchiedene Macht, welche in Beziehung auf ſie der Judex, je nach den verſchiedenen Arten der Klagen, gehabt hatte. Dagegen blieben ſie Das, was ſie von jeher geweſen waren, Vertheidigungen des Beklagten,

(m) Gajus IV. § 108. „Alia causa fuit olim legis actionum ... nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum."

(n) Jetzt waren alſo die oben in der Note g. angeführten Ausdrücke nicht mehr paſſend, und man bezeichnete nun die Handlung des Beklagten, welcher die Exception geltend machte, durch: *opponere* oder *obicere* exceptionem. Jedoch war dieſer Ausdruck auch ſchon früher, neben jenen anderen, ſehr gewöhnlich, und das opponere hatte damals denſelben Sinn, wie petere und postulare. Vgl. Gajus IV. § 123. 124., 119 (vgl. oben Note a.), und viele Stellen der Digeſten.

auf ſelbſtſtändige Rechte deſſelben gegründet (§ 225.). Wenn daher in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern die Lehre von den Exceptionen großentheils mit den unveränderten Worten der alten Juriſten vorgetragen wird, ſo darf Dieſes nicht, wie Manche wollen, als gedankenloſe und blos ſcheinbare Aufrechthaltung eines untergegangenen Rechtsinſtituts angeſehen werden. Es iſt daher auch nicht richtig, dem Juſtinianiſchen Recht eine weſentliche Veränderung der Kunſtausdrücke in dieſer Lehre zuſchreiben zu wollen. Selbſt wenn ein minder ſtrenger Sprachgebrauch in Juſtinians eigenen Conſtitutionen erſchiene, würde Dieſes vielmehr aus der geſunkenen Kunſtſprache überhaupt, als aus einer veränderten Rechtsanſicht über dieſen beſonderen Gegenſtand, zu erklären ſeyn; es werden ſich aber gewiß nur ſehr wenige Stellen finden, worin Juſtinian von den Exceptionen oder Präſcriptionen anders redete, als es auch ſchon von einem der alten Juriſten hätte geſchehen können (o).

Es kann endlich auch Das nicht zugegeben werden,

(o) Die *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.) gebraucht allerdings den Ausdruck temporalis exceptio in ſolcher Ausdehnung, daß darunter ſelbſt die Uſucapion mitbegriffen wird, alſo ein Fall relativer Verneinung, der völlig außer dem Gebiet der wahren Exceptionen liegt (§ 225.). Vgl. oben B. 4 § 178. i. Es geſchieht aber Dieſes in der Verlegenheit, alle bey einer Dos durch Zeit möglicherweiſe eintretende Veränderungen in kurzen Worten zuſammen zu faſſen, wozu allerdings ein gemeinſamer ächter Kunſtausdruck nicht vorhanden war; die Abweichung von dem genauen Sprachgebrauch iſt alſo hier Nothhülfe für ein einzelnes Bedürfniß, nicht Kennzeichen einer veränderten Natur der Exceptionen.

daß der Name Exceptio im Juſtinianiſchen Recht, nachdem ſeine eigentliche Bedeutung verſchwunden ſey, auf gedankenloſe Weiſe beybehalten worden wäre, und ſchon deshalb verworfen werden müßte. Allerdings war die unmittelbare Beziehung jenes Namens die auf die alten Klagformeln, und dieſe war zu Juſtinians Zeit verſchwunden. Allein die Faſſung der Formeln war nicht zufällig, vielmehr drückte ſie das innere Weſen der Rechtsverhältniſſe aus, und dieſes iſt unverändert geblieben. Noch jetzt alſo bezeichnet Exceptio ſtets das Verhältniß einer Ausnahme von der aus der Klage eigentlich hervorgehenden Verpflichtung, obgleich dieſe Ausnahme nicht mehr auf die Anweiſung an einen Judex zur regelmäßigen Condemnation ſich bezieht.

Dieſe Bemerkungen ſind aber nicht blos auf das Juſtinianiſche Recht anzuwenden, ſondern in gewiſſem Grade ſelbſt auf deutſche Prozeßgeſetze. Nach einer ſehr verbreiteten Meynung nämlich ſoll, was auch der Inhalt des neueſten Römiſchen Rechts ſeyn möge, wenigſtens der Jüngſte Reichsabſchied (von 1654) für die Exceptionen das Recht und den Sprachgebrauch gänzlich umgeändert haben. Es gehören dahin folgende zwey Stellen:

§ 37 „was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte.“

§ 38 „wann er verzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte.“

Das iſt unverkennbar, daß hier unter den Einwendun-

gen und Exceptiones alle möglichen Vertheidigungsmittel des Beklagten zu verstehen sind, und daß daher den in diesem Gesetz enthaltenen Vorschriften über das Verhalten des Beklagten eine sehr weite Ausdehnung gegeben werden muß. Allein für die Behandlung des Gegenstandes in der Rechtstheorie ist in diesem Gesetz kein Gebot enthalten. Mögen wir nun auch den deutschen Ausdruck Einrede einer sehr freyen Behandlung preisgeben, so wollen wir doch den aus dem Römischen Recht herstammenden Kunstausdruck Exception auch ferner in seiner eigenthümlichen Bedeutung fest halten. Dieses ist nicht blos wichtig zur Abwehr der sonst unvermeidlichen Misverständnisse über den Sinn unsrer Rechtsquellen, sondern auch weil der dadurch bezeichnete Rechtsbegriff fast nur durch dieses Mittel festgehalten werden kann; um so wichtiger, als unter den Prozeßschriftstellern der letzten Jahrhunderte eine solche Sprachverwirrung wahrzunehmen ist, daß man sich doppelt freuen muß, wenigstens in Einem Kunstausdruck von historisch bestimmter Bedeutung einen festen Anhaltspunkt zu finden.

§. 227.

Exceptionen. Inhalt. Arten.

Da der Inhalt der Exceptionen in einem selbstständigen Recht des Beklagten besteht, hierin also dem Inhalt der Klagen gleichartig ist, so kommen bey ihnen ganz ähnliche Gegensätze vor, wie bey den Klagen. Auch bey ihnen

wurde die Formel theils ſchon im Edict vorgefunden, theils nach den Bedürfniſſen des einzelnen Falles vom Prätor neu entworfen (a); dieſe letzten heißen dann in factum exceptiones (b), ähnlich den für einzelne Fälle erfundenen Klagen (§ 217.). — Ferner entſpringen ſie, eben ſo wie die Klagen, theils aus dem Civilrecht (lex und quod legis vicem obtinet), theils aus dem prätoriſchen Recht (c). — Endlich kommt auch bey ihnen der Fall vor, daß ſchon bekannte, mit individuellen Namen bezeichnete Exceptionen ſpäterhin auf neue Fälle ausgedehnt wurden, und auch hier wird das Verhältniß einer ſolchen Erweiterung mit

(a) Gajus IV. § 118. „Exceptiones autem aliae in edicto Praetor habet propositas, aliae causa cognita accommodat."

(b) Fragm. Vat. § 310 „*neque* Cinciae legis exceptio obstat, *neque* in factum: *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.*" — *L.* 4 § 32 *de doli exc.* (44. 4.) exceptione in factum comparata *vel* doli mali." Vgl. *L.* 4 § 16 *eod.*, *L.* 14. 23 *de exc.* (44. 1.), und viele andere Stellen. — Dieſe in factum exceptiones entſprechen alſo ganz den improviſirten in factum actiones (§ 217); es würde jedoch unrichtig ſeyn, die Ähnlichkeit ſo weit durchführen zu wollen, als ob die übrigen Exceptionen in jus conceptae, alſo mit einer juris civilis intentio verſehen geweſen wären. Auch die L. Cinciae exc. wurde gewiß ſo gefaßt: nisi contra L. Cinciam factum sit, hatte alſo eine thatſächliche Faſſung.

(c) Gajus IV. § 118 (unmittelbar nach den in Note a abgedruckten Worten): „Quae omnes vel *ex legibus*, vel ex his *quae legis vicem obtinent*, vel ex *jurisdictione Praetoris* proditae sunt." Eben ſo § 7 *J. de exc.* (4. 13.). — Die Worte der *L.* 3 *de exc.* (44. 1.) „si quid contra LL., Senatusve consultum factum esse dicetur" dürfen nicht ſo verſtanden werden, als wenn jemals eine wirkliche Exception ſo ausgedrückt worden wäre; es iſt blos die collective Bezeichnung der exc. L. Cinciae, Sc. Macedoniani u. ſ. w. Eben ſo bey Gajus IV. § 121.

dem Namen utilis exceptio bezeichnet (d), alſo auf gleiche Weiſe wie bey den Klagen (§ 215).

Der den Inhalt der Exception beſtimmende Rechtsgrund hat ſeinen Sitz zuweilen in Regeln des Prozeſſes (e); häufiger aber, und mit wichtigerem Einfluß, in materiellen Rechtsregeln. Die Exceptionen dieſer zweyten Art haben eine den Obligationen ähnliche Natur, eben ſo wie die Klagen (§ 205); der Beklagte fordert von dem Kläger, daß er ſein Klagrecht nicht geltend mache. Daſſelbe materielle Recht kann, je nach dem zufälligen Bedürfniß, bald eine Klage, bald eine Exception veranlaſſen, und es iſt über das Verhältniß, worin dieſe beide Geſtalten der Rechtsverfolgung zu einander ſtehen, folgende Regel zu bemerken. Wer ein Klagrecht hat, kann den Grund deſſelben, wo er es bedarf, ſtets auch als Exception geltend machen (f). Man kann aber nicht auch umgekehrt ſagen, daß aus dem Daſeyn einer Exception ſtets auch

(d) *L.* 21 *de praescr. verb.* (19. 5.). „Quotiens deficit actio vel exceptio, *utilis actio vel exceptio est.*" Der Ausdruck hat jedoch hier lediglich den Sinn einer Ausdehnung (§ 215), eine Fiction kam bey den Exceptionen gewiß nicht vor, die ja auch zu ihrer ohnehin thatſächlichen Faſſung gar nicht gepaßt haben würde (Note b.). — In den meiſten Stellen freylich heißt utilis exceptio nicht eine ausgedehnte, ſondern eine wirkſame, gültige Exception. Vgl. *L.* 41 *de minor.* (4. 4.). *L.* 19 § 5 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 5 *C. de usuris* (4. 32.).

(e) Dahin gehört die exceptio fori, procuratoria, cognitoria, praejudicialis u. ſ. w. Vgl. Albrecht Exceptionen. S. 211.

(f) *L.* 1 § 4 *de superf.* (43. 18.) „cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit." Dieſelbe Stelle ſteht nochmals in *L.* 156 § 1 *de R. J.* (50. 17.).

der Anſpruch auf eine Klage von gleichem Inhalt und Erfolg hervorgehe.

Der wichtigſte Fall der aus materiellen Rechtsregeln entſpringenden Exceptionen bezieht ſich auf das Verhältniß der aequitas zum jus civile. Wo nämlich der Prätor jene anerkannte, da verſchaffte er ihr das praktiſche Übergewicht bald durch in factum actiones, bald durch Exceptionen (g); in jenem Fall bewirkte er eine Condemnation, in dieſem verhinderte er dieſelbe, ohne eigentlich ein Recht zu erſchaffen oder zu vernichten (h). Dieſen wichtigſten unter allen Fällen der Exceptionen ſtellen Gajus und die Inſtitutionen an die Spitze, um das Bedürfniß und die Wichtigkeit der Exceptionen in einer Reihe von Beyſpielen anſchaulich zu machen (i). Es iſt aber ſo wenig der einzige Fall, daß hinterher in beiden eben angeführten Rechtsquellen die allgemeine Überſicht über die Entſtehungsgründe der Exceptionen gegeben wird, worin jener Fall nur als einer unter mehreren erſcheint (k).

(g) *L.* 3 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). „Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, *jure praetorio non debebat, id est per exceptionem*" ... Die wichtigſten Exceptionen dieſer Art ſind die doli und die pacti exceptio; zu demſelben Zweck dienten aber auch in factum exceptiones (Note b.).

(h) Vgl. oben § 213. 216, und B. 1 § 22.

(i) Gajus IV. § 116. 117, *pr.* § 1—5 *J. de exc.* (4. 13.).

(k) Vgl. oben Note c. — Daß das Vorhergehende blos Beyſpiele liefern ſollte, ſagt wörtlich § 6 *J. de exc.* (4. 13.). „Haec exempli causa retulisse sufficiet." — Hätten die allgemeinen Überſichten (Note c.) voran geſtanden, ſo würde in dieſer Hinſicht niemals ein Misverſtändniß aufgekommen ſeyn. In den Inſtitutionen übrigens iſt die Zahl der Beyſpiele viel größer als bey Gajus, und daher erſcheint der § 7 *J. de exc.* (4. 13.) verſtärkter, und kann leich-

Um dieſes Verhältniß der verſchiedenen Arten der Exceptionen zu den verſchiedenen Arten der Klagen, welches in neueren Zeiten nicht ſelten verkannt worden iſt, auf erſchöpfende Weiſe zu behandeln, will ich die möglichen Combinationen in vollſtändiger Überſicht darſtellen. Es läßt ſich denken, daß einer Civilklage eine civile oder prätoriſche Exception, und eben ſo einer prätoriſchen Klage eine civile oder prätoriſche Exception, entgegen geſetzt werde. Alle dieſe Combinationen aber ſind nicht blos denkbar, ſondern ſie kommen auch in folgenden unzweifelhaften Anwendungen wirklich vor.

I. Civilklage und Civilexception.

Condictio aus Darlehen oder Stipulation — exc. Sc. Macedoniani und Vellejani, exc. Legis Plaetoriae (l).

Rei vindicatio und eben ſo auch Condictio aus einer Stipulation — exc. L. Cinciae (m).

II. Civilklage und prätoriſche Exception.

Condictio oder Rei vindicatio — exc. doli, pacti, jurisjurandi, rei judicatae.

III. Prätoriſche Klagen und Civilexception.

Actio constitutoria und Actio hypothecaria — exc. Sc. Vellejani (n).

Publiciana actio — exc. dominii (o).

ter überſehen werden, als Gajus IV. § 118.

(l) Vgl. Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft B. 10 S. 248.

(m) Fragm. Vat. § 266. 310.

(n) *L.* 8 *pr.* *L.* 29 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.).

(o) *L.* 17 *de public.* (6. 2.).

Actio de peculio — exc. Sc. Trebelliani (p).

Irgend eine prätoriſche Schuldklage — exc. Legis Juliae in Folge einer cessio bonorum (q).

IV. Prätoriſche Klage und prätoriſche Exception.

Actio publiciana — exc. hypothecaria, jurisjurandi, rei judicatae.

Actio doli oder quod metus causa — exc. in factum (q[1]).

Manche wollen unter dieſen verſchiedenen Anwendungen nur allein die zweyte (Civilklage und prätoriſche Exception) als die eigentliche und wahre Exception anſehen; alle übrigen ſollen nur uneigentliche, nachahmungsweiſe eingeführte Exceptionen ſeyn (r). Zu dieſer Behauptung iſt jedoch durchaus kein Grund vorhanden, denn wenn man die oben (Note c.) angeführte Stellen des Gajus und der Inſtitutionen unbefangen betrachtet, ſo iſt es einleuchtend, daß die Ausbildung der Exceptionen von den alten Juriſten ſelbſt als parallel gehend mit der Ausbildung der Actionen aufgefaßt wurde, ſo daß wir nicht mehr Urſache haben, die civilen Exceptionen, als die civilen Klagen für

(p) *L.* 1 § 8 *quando de pec.* (15. 2.).

(q) § 4 *J. de replic.* (4. 14.), vgl. *L.* 4 *C. qui bonis* (7. 71.).

(q[1]) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.).

(r) Zimmern § 91, beſonders S. 286. Albrecht § 5 und S. 32. 33. 42. 44. Wie ſich dieſe unrichtige Anſicht bey neueren Prozeßſchriftſtellern noch weiter ausgebildet hat, wird unten gezeigt werden (§ 228.). — Albrecht S. 8. 23 will ſogar den Namen Exceptio nicht von einer, der Condemnationsregel hinzugefügten, Ausnahme erklären, ſondern von dem Ausnahmeverhältniß, in welches ſich das prätoriſche Recht zu dem Civilrecht ſtellte.

uneigentlich und nachgeahmt zu halten. Wie aber jene unrichtige Meynung entstanden ist, darüber kann kein Zweifel seyn; man hat nämlich denjenigen Fall der Anwendung, welcher allerdings der häufigste, und für die Anwendung der wichtigste war, willkührlich für den ursprünglich einzigen gehalten, zu welchem sich alle übrigen blos als uneigentliche Erweiterungen verhalten haben sollen.

Folgende Eintheilungen der Exceptionen geben näheren Aufschluß über die verschiedenen Beziehungen, in welchen sie vorkommen.

Manche derselben sind blos für eine gewisse Zeit, oder für gewisse Umstände wirksam, so daß sie die Klage nicht mehr hindern, wenn die Zeit abgelaufen ist, oder die Umstände verändert sind; so z. B. die exceptio pacti in diem, wenn vor Eintritt des Zahlungstags geklagt wird: die fori exceptio, wenn die Klage vor einem unrichtigen Gericht angestellt ist, so wie überhaupt die auf bloße Prozeßregeln gegründeten Exceptionen (Note e.). — Andere, und zwar die meisten, haben eine solche Beschränkung nicht, so daß sie zu jeder Zeit und unter allen Umständen wirken können. — Die ersten heißen dilatoriae oder temporales(s),

(s) Temporalis exceptio oder praescriptio hat außer der im Text angegebenen Bedeutung noch eine andere, von jener völlig verschiedene, nämlich die auf Klagverjährung gegründete. Hier bezeichnet also der Ausdruck eine ganz individuelle Exception, eben so wie exc. doli, pacti u. s. w., und nicht ein Eintheilungsglied, wie wenn er mit dilatoria gleichbedeutend genommen wird. Außerdem heißt auch einmal perpetua exc. die unverjährbare Exception (*L.* 5 *C. de exc.* 8. 36.), im Gegensatz derselben müßte temporalis die verjährbare heißen, und diese Kunstausdrücke wären

die zweyten peremptoriae oder perpetuae (t). — Die Wirkung der dilatoriſchen Exceptionen war aber im alten Prozeß ganz verſchieden, je nachdem ſie ſich auf den Inhalt der Intentio ſelbſt bezogen oder nicht. War z. B. die exceptio pacti in diem vorgebracht, und überzeugte ſich der Juder von ihrer Richtigkeit, ſo mußte er nun ganz abſolviren, und die Forderung war für immer verloren; war alſo der Kläger vorſichtig, ſo nahm er die Klage vorläufig ganz zurück, und ließ es gar nicht zu einem judicium kommen (u). Anders bey denjenigen dilatoriſchen Exceptionen, die keinen Bezug auf den Inhalt der Intenganz in der Analogie der *actio* perpetua und temporalis. Daß ſie nicht herrſchend geworden ſind, erklärt ſich wohl aus der Seltenheit der verjährbaren Exceptionen.

(t) Gajus IV. § 120—125, *L.* 2 § 4 *L.* 3 *de exc.* (44. 1.), § 8—10 *J. de exc.* (4. 13.). Die Prozeßregeln, worauf ſich dilatoriſche Exceptionen gründeten, nahmen nur dann dieſe Geſtalt an, wenn ſie vor dem Prätor geltend gemacht wurden; kamen ſie erſt vor dem Juder zur Sprache, ſo mußten ſie zwar auch beachtet werden, ſie hießen aber nun nicht exceptiones, ſondern translationes, oder translativae constitutiones. Die beſtimmteſte Stelle hierüber iſt Cicero de invent. II. 19. 20. Nach anderen, unbeſtimmteren Stellen könnte man glauben, die exceptio dilatoria ſelbſt habe den Namen translatio geführt. De invent. I. 8, ad Herenn. I. 12, II. 12, Fortunatian. und Sulp. Victor bey Caperronner. Rhetores ant. p. 63. 284.

(u) Gajus IV. § 123. Vgl. Zimmern § 95. Nach der Allgemeinheit, womit ſich Gajus ausdrückt, könnte man glauben, Dieſes ſey bey allen dilatoriſchen Exceptionen der Fall geweſen, und auf die von ihm angeführten Beyſpiele paßt die Regel auch wirklich. Aber wenn bey der fori praescriptio anerkannt wurde, daß der magistratus nicht competent ſey, ſo hatte auch der Juder keine wirkliche Macht empfangen, er konnte weder condemniren noch abſolviren, und die Sache wurde nicht conſumirt, weil ſie gar nicht in judicium deducirt war. Bey der exceptio praejudicialis ſollte das Urtheil aufgeſchoben, alſo für den Augenblick weder condemnirt noch abſolvirt werden.

tio hatten, wie z. B. die exceptio fori oder praejudicialis. Wenn sich bey diesen der Judex überzeugte, daß sie gegründet seyen, so durfte er nicht absolviren, sondern er mußte sich des Urtheils für jetzt ganz enthalten, so daß dann die Klage noch immer nicht verloren war (v). Dieser Unterschied fällt schon im Justinianischen Recht hinweg, indem die zuletzt erwähnte minder gefährliche Wirkung nun bey allen dilatorischen Exceptionen eintritt.

Es werden ferner unterschieden personae und rei cohaerentes exceptiones, je nachdem Derjenige allein, auf welchen sich die Exception ursprünglich bezog, sie gebrauchen kann, oder auch Andere, die an seiner Stelle verklagt werden, wie Erben, Käufer, Bürgen (w). Die Natur der unbeschränkten rei cohaerentes bildet die bey weitem vorherrschende Regel, die personae cohaerentes kommen nur in seltenen Ausnahmen vor (x). — Ein ähnlicher

(v) Vgl. die Entwicklung dieses Falles in Note u. Der Unterschied beider Arten der dilatorischen Exceptionen läßt sich so ausdrücken, daß die Anweisung: si non paret absolve bey der einen Art zur Anwendung kam, bey der andern nicht. Dagegen der erste Theil der Anweisung: Si paret condemna wurde durch beide Arten gleichmäßig beschränkt, und darum gebührte auch beiden auf gleiche Weise der Name Exceptio. Daß z. B. die praejudicialis exceptio diesen Namen wirklich führte, kann nach Cicero de invent. II. 20, und *L.* 13. 16. 18 *de exc.* (44. 1.) nicht bezweifelt werden. Ganz willkührlich spricht Zimmern S. 302 der zweyten Klasse der dilatorischen Exceptionen den Namen Exceptio ab, indem er den in der gegenwärtigen Note dargestellten Unterschied übersieht.

(w) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.). — Noch etwas verschieden davon ist es, wenn die Proculejaner von der exc. L. Cinciae behaupteten, es sey dazu berechtigt „etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio (Fragm. Vat. § 266.), also selbst ohne Rücksicht auf ein Successionsverhältniß.

(x) Die Hauptanwendung ist

Unterſchied, nur in weit beſchränkterer Art, kommt auch vor bey der Verpflichtung des Klägers, ſich die Exception gefallen zu laſſen, wenn nämlich dieſe aus einer widerrechtlichen Handlung des urſprünglichen Klagberechtigten entſprungen iſt. In dem wichtigſten Fall, der doli exceptio, geht dieſe Verpflichtung auf den Erben und den Donatar des Unredlichen über, nicht auf den Käufer (y), alſo noch weniger auf jeden Dritten, der mit Jenem in gar keinem Succeſſionsverhältniß ſteht. Anders iſt es bey der metus exceptio, welche in rem gefaßt wird: si in ea re nihil metus causa factum est, weshalb ſie nicht blos gegen den Erben oder Käufer des Zwingenden, ſondern auch gegen jeden Dritten, gebraucht werden kann (z). Wenn nun bey anderen Exceptionen gelegentlich bemerkt wird, daß ſie nicht blos gegen den urſprünglichen Kläger, ſondern auch gegen jeden Succeſſor deſſelben ohne Unterſchied ge-

die bey dem ſogenannten beneficium competentiae. *L.* 7 *pr. de exc.* (44. 1.), *L.* 24. 25 *de re jud.* (42. 1.), § 4 *J. de repl.* (4. 14.). Dann auch bey der exc. pacti, wenn der Vertrag blos auf das Individuum beſchränkt iſt. *L.* 21 § 5, *L.* 22—26, *L.* 32 *de pactis* (2. 14.). Wenn daher einmal bey der exc. rei venditae et traditae das Gegentheil erwähnt wird, ſo iſt Dieſes nicht etwas Beſonderes, ſondern bloße Anwendung der allgemeineren Regel. *L.* 3 *pr. de exc. rei vend.* (21. 3.). So mußte man auch bey der doli exceptio von Seiten des Beklagten ſagen: *in rem* opponitur exceptio *L.* 2 § 2 *de doli exc.* (44. 4.).

(y) *L.* 4 § 27. 31 *de doli exc.* (44. 4.). Es heißt alſo hier: exprimendum est .., non in rem: *si in ea re dolo malo factum est*, sed sic: si in ea re *nihil dolo malo actoris factum est.*" *L.* 2 § 1 *eod.* Die Succeſſoren ſind dann, unter der im Text angegebenen Beſchränkung, mit eingeſchloſſen.

(z) *L.* 4 § 33 *de doli exc.* (44. 4.).

braucht werden können (aa), so ist Dieses nicht etwa der Ausdruck einer eigenthümlichen Eigenschaft dieser besonderen Exceptionen, sondern bloße Anwendung des gewöhnlichen, regelmäßigen Verhältnisses, also blos Verneinung der eigenthümlichen, bey der doli exceptio eintretenden Beschränkung.

§. 228.

Exceptionen. Abweichende Ansichten.

Von der hier vorgetragenen, rein Römischen, Lehre der Exceptionen sind schon die Juristen des Mittelalters auf mancherley Weise abgewichen. Vorzüglich machte sich seit ihrer Zeit eine neu erfundene Eintheilung geltend, in Exceptiones juris und facti; jene sollten ungefähr die wahren Römischen Exceptionen seyn, diese die übrigen Einwendungen, z. B. die der Zahlung (a). Allein weder über die Gränzen beider Arten, noch über die praktische Behandlung derselben konnte man sich einigen, und so ist seit jener Zeit die Sprachverwirrung mit der Verwirrung in den Begriffen und Rechtsregeln Hand in Hand gegangen (b). In der Mitte des siebzehnten Jahrhunderts erschien in dem jüngsten Reichsabschied eine neue Prozeßgesetzgebung für ganz Deutschland, und das unzulängliche

(aa) *L.* 3 § 1 *de exc. rei vend.* (21. 3.).

(a) Unter anderen Stellen der Glosse ist hierüber zu vergleichen Gl. *Intentionem.* L. 2 pr. de exc. (44. 1.).

(b) Sehr reichhaltige literarische Nachweisungen enthält Albrecht § 23 fg.

Beſtreben der Schriftſteller, den Inhalt derſelben mit der bisherigen Theorie zu verarbeiten, mußte jene Verwirrung noch erhöhen.

In der neueſten Zeit hat ſich ein kritiſches Quellenſtudium auch dieſem Theil der Rechtswiſſenſchaft mit manchem guten Erfolg zugewendet. Anſtatt aber daß in anderen Lehren das hiſtoriſche Element der Rechtsinſtitute häufig überſehen, und dadurch Demjenigen, welches nur ein hiſtoriſches Daſeyn hatte, eine allgemeine Bedeutung fälſchlich beygelegt worden iſt, ſcheint man ſich hier von dem entgegengeſetzten Fehler nicht ganz frey gehalten zu haben. Der wahrhaft allgemeine bleibende Kern des hiſtoriſch gebildeten Rechtsinſtituts iſt überſehen, und als eine vorübergehende, längſt verſchwundene Erſcheinung mit Unrecht behandelt worden (c).

Die Grundlage dieſer einſeitigen Auffaſſung iſt ſchon oben (§ 227) angegeben und beſtritten worden. Sie beſteht darin, daß die prätoriſchen Exceptionen gegen Civilklagen die einzigen wahren Exceptionen geweſen ſeyen. Dieſe Behauptung aber hat man auf folgende Weiſe an die frühere und an die ſpätere Zeit des Römiſchen Rechts anzuknüpfen verſucht.

Ehe der Prätor, durch ſeine Exceptionen, der aequitas einen mildernden Einfluß auf den ſtrengen Buchſtaben des

(c) Am vollſtändigſten iſt die Anſicht, womit ich mich hier beſchäftige, in dem oben (zu § 226) angegebenen Werk von Albrecht ausgebildet worden. Der Keim dazu findet ſich in: Bayer Vorträge über den Civilprozeß 4te Auflage 1834. S. 250 fg.

alten Civilrechts verſchaffte, ſoll ein ſolcher Einfluß gar nicht vorhanden geweſen ſeyn (d). Um Dieſes annehmen zu können, muß man den Zuſtand der Römiſchen Nation, viele Jahrhunderte hindurch, entweder höher oder niedriger ſtellen, als es irgend mit hiſtoriſcher Wahrſcheinlichkeit verträglich iſt. Höher, wenn man annehmen wollte, daß ſo lange Zeit in Rom faſt gar kein unredlicher Eigennutz erſchienen wäre, der das Bedürfniß eines ſolchen Schutzes fühlbar gemacht hätte, wie er ſpäterhin durch die doli exceptio und ähnliche Rechtsmittel gewährt wurde. Niedriger, wenn man annimmt, ſolche Unredlichkeit wäre, ſo wie in unſren Tagen, vorhanden geweſen, die ehrlichen Leute aber, mit Inbegriff der Obrigkeiten, hätten ſie entweder nicht bemerkt, oder hätten keinen Rath gewußt, um ſich und Andere dagegen zu ſchützen, bis endlich ein Prätor auf die Erfindung der Exceptionen gekommen wäre. — Das Wahre aber iſt wohl Dieſes, daß eine Anerkennung der aequitas, und ein Schutz für dieſelbe, zu allen Zeiten, auch neben den alten Legis actiones, beſtand (e). Das Neue alſo, welches hierin dem Prätor zugeſchrieben werden muß, beſteht in zwey Stücken. Erſtlich in der, für

(d) Albrecht S. 3. 4. 5.

(e) Wir wiſſen freylich über den Prozeß zur Zeit der Legis actiones nicht viel mehr, als was wir neuerlich durch Gajus gelernt haben, und auch Das iſt wenig genug. Doch hat ſich zufällig bey Plautus eine Spur erhalten, nach welcher damals für die Zwecke, zu welchen ſpäter die doli exceptio diente, durch erzwungene Sponſionen geſorgt worden iſt, alſo durch die Rechtsform, die von jeher bey den Römern ſo verbreitet, und für die verſchiedenſten Zwecke gebräuchlich war. Vgl. Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft B. 10 S. 248.

jenen Zweck ſehr bequemen und angemeſſenen, Prozeßform der Exceptionen, die freylich erſt ſeit der Einführung der formulae möglich war (§. 226. m). Zweytens in der vollſtändigeren, befriedigenderen materiellen Ausbildung der auf die aequitas bezüglichen Rechtsregeln, wodurch das Edict, und ſpäter die Arbeit der Juriſten, für dieſen wie für andere Theile des Rechts wohlthätig wurde.

An die ſpätere Zeit des Römiſchen Rechts aber wird jene Lehre in folgender Weiſe angeknüpft (f). Die Exceptionen in jener eigenthümlichen Natur erhielten ſich nur kurze Zeit. Schon als man anfieng, das prätoriſche Recht als ein eigentliches jus anzuſehen, hatte ſich ihr Weſen verändert; mit dem ordo judiciorum giengen ſie völlig unter, und jetzt war zwiſchen ihnen und den Einleinreden, z. B. der Zahlung, durchaus kein Unterſchied mehr übrig. Wenn in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern von den Exceptionen in alter Weiſe geredet wird, ſo iſt dieſes leerer Schein, zu erklären aus der Art, wie jene Bücher entſtanden ſind; man behielt die Ausdrücke der älteren Zeit bey, während die Begriffe ſelbſt verſchwunden waren.

Wenn nun auch dieſe Anſichten in ſo vollſtändiger Ausbildung nur ſelten gefunden werden, ſo ſcheinen doch die Meiſten darin völlig einverſtanden, daß der Römiſche Begriff der Exceptionen für unſer heutiges Recht ganz unbrauchbar geworden ſey, und durch einen anderen, ſehr

(f) Albrecht S. 52. 72. 82 fg. 108 fg.

erweiterten Begriff ersetzt werden müsse (g). Allein auf diesen negativen Satz beschränkt sich die Übereinstimmung, denn über den positiven Begriff selbst, welchen wir an die Stelle zu setzen haben, herrscht fortwährend die größte Verschiedenheit, und diese Verwirrung ist einer festen Ausbildung des Prozeßrechtes in hohem Grade hinderlich. So wird namentlich von Manchen unter Exception diejenige Einwendung verstanden, die auf einer Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses beruht, jede andere soll eine negative Einlassung seyn (h). Von Anderen jede Einwendung, die der Beklagte zu beweisen hat, wohin also auch absolute und relative Verneinungen (Wahnsinn eines Contrahenten, Zahlung) gehören, und welcher Begriff daher noch umfassender ist als jener (i).

Vielleicht können folgende Bemerkungen dazu dienen, eine Verständigung in dieser Lehre zu befördern. Zwey Stücke sind mir für die Theorie des Römischen Rechts, also für das Interesse des vorliegenden Werks, von Wichtigkeit: die im § 225 versuchte Feststellung der verschiedenen Arten möglicher Vertheidigung, und die fortwährende Anerkennung der Römischen Exceptiones, ohne Veränderung

(g) Mühlenbruch I. § 137, Thibaut § 73, Mackeldey § 200. b., Linde in Linde's Zeitschrift B. 1 S. 148 fg. — Der hier von mir aufgestellten Ansicht kommt unter den neueren Schriftstellern am nächsten Kierulff Theorie I. S. 175 fg.

(h) Bayer Civilprozeß S. 256. Nach ihm werden wahre Exceptionen begründet durch die Verjährung, Zahlung, Novation, aber nicht durch das Sc. Macedonianum und Vellejanum.

(i) Albrecht § 38, besonders S. 190. 205. 206.

des Römiſchen Sprachgebrauchs. — Bey dem erſten Stück kommt es vor Allem darauf an, ob jene Feſtſtellung richtig iſt. Iſt ſie es nicht, ſo muß ſie berichtigt werden; wird ſie aber als richtig anerkannt, ſo iſt nur in ihr eine feſte Grundlage für die ganze vorliegende Unterſuchung zu finden, und dieſe Grundlage iſt für die Theorie des Römiſchen Rechts, ſo wie für den heutigen Civilprozeß, gleich wichtig und unentbehrlich. Hierin alſo iſt das Bedürfniß völlig gemeinſchaftlich, und von einem Widerſtreit wegen der eigenthümlichen Intereſſen der beiden wiſſenſchaftlichen Gebiete kann nicht die Rede ſeyn. — Was aber das zweyte Stück, nämlich die ſtrenge Feſthaltung des Römiſchen Begriffs der Exceptiones, mit dieſem ihrem Namen, betrifft, ſo iſt dieſelbe für die Theorie des Römiſchen Rechts eben ſo unentbehrlich, wie die Feſthaltung des Römiſchen Actionenſyſtems und der darauf bezüglichen Kunſtausdrücke (§ 224). Der Grund liegt darin, daß wenn wir jenes und dieſes aufgeben, eine wahrhafte Einſicht in das Syſtem der Römiſchen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln eben ſo wenig möglich iſt, als das Verſtändniß der Quellen. Ja das Feſthalten der Exceptionen hat ſogar darin noch mehr Grund, als das der Actionen und Condictionen, daß dieſe letzten weniger mit dem inneren und bleibenden Weſen der Rechtsbegriffe ſelbſt zuſammenhängen, als die Exceptionen. Bey dieſem Feſthalten der Römiſchen Exceptionen nun hat freylich die Theorie des heutigen Civilprozeſſes kein Intereſſe; es iſt aber auch ganz

unrichtig, wenn Manche glauben, diese Theorie habe hierin ein entgegengesetztes Interesse, und es sey gerade um ihretwillen nöthig, den Römischen Begriff der Exceptionen gänzlich aufzugeben. Da dieser Punkt von Erheblichkeit ist, so muß derselbe noch genauer ausgeführt werden.

Es ist keinesweges meine Meynung, daß die Römische Lehre von den Exceptionen einen unmittelbaren Einfluß auf das heutige Prozeßrecht haben soll, dessen Selbstständigkeit also durch jene Lehre gefährdet werden möchte. Wie unabhängig Beides von einander ist, läßt sich jedoch nur durch eine Übersicht der einzelnen Institute des Prozesses nachweisen, mit welchen die Exceptionen in Berührung kommen.

Eine der wichtigsten Fragen betrifft die Beweislast. Niemand zweifelt, daß der Grund der Exceptionen vom Beklagten bewiesen werden muß (k), welches eben die Hauptbedeutung der Regel ist: reus in exceptione actor est (l). Dabey kommen noch dieselben Einschränkungen vor, die auch für die Beweislast des Klägers gelten; wenn nämlich der Kläger den Grund der Exception im Allgemeinen zugiebt, denselben aber durch die Behauptung besonderer Bedingungen zu entkräften versucht, so muß die Wahrheit dieser Behauptung vom Kläger bewiesen werden (m). — Dagegen behauptet Niemand, daß diese Be-

(k) *L.* 19 *pr.* *L.* 9 *de prob.* (22. 3.), *L.* 25 § 2 *eod.* (Note n).

(l) *L.* 1 *de exc.* (44. 1.). *L.* 19 *pr. de prob.* (22. 3.).

(m) *L.* 9 *de prob.* (22. 3.).

weislaſt den Beklagten nur allein im Fall der Römiſchen Exceptionen treffe; vielmehr ſind Alle darüber einig, daß derſelbe auch bey jeder relativen Verneinung, z. B. bey der behaupteten Zahlung, beweiſen muß (n). — In der Beweislaſt alſo iſt das heutige Recht von dem Römiſchen nicht abweichend. Die wichtigſten praktiſchen Fragen, die dabey vorkommen, ſind auch unbeſtritten; und wo im Einzelnen ein ſolcher Streit vorkommt, iſt er wenigſtens ganz unabhängig von der Ausdehnung, die man dem Begriff der Exceptionen geben mag. Demnach liegt in der Lehre von der Beweislaſt durchaus kein Grund, den Begriff der Exceptionen anders zu beſtimmen, als wir ihn im Römiſchen Recht beſtimmt finden.

Von manchen Einwendungen des Beklagten wird behauptet, daß ſie vor dem Anfang des Prozeſſes beſeitigt werden müßten (litis ingressum impedientes), alſo Veranlaſſung zu einem Vorprozeß vor dem übrigen Rechtsſtreit geben könnten. — Dem Römiſchen Recht iſt dieſes Verfahren, und die darauf gegründete Auszeichnung mancher Exceptionen, fremd. Waren die entſcheidenden Thatſachen unbeſtritten, ſo wurde ſtets vom Prätor die Sache unmittelbar erledigt, waren ſie beſtritten, ſo daß Beweiſe geführt werden mußten, ſo wurde ſtets ein Judex gegeben

(n) *L.* 12 *L.* 25 § 2 *de prob.* (22. 3.) „... secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, *vel solvisse debita contendunt*, haec ostendere exigit." Hier iſt die Verſchiedenheit beider Arten der Einwendung durch den disjunctiven Ausdruck deutlich anerkannt.

(§ 226. h.), ohne daß dabey die Natur jener Thatsachen einen Unterschied machte. Wie viel oder wie wenig also an jener Behauptung auch wahr seyn mag, so hat wenigstens die Erhaltung oder Verwerfung des Römischen Exceptionenbegriffs darauf nicht den geringsten Einfluß.

Die Exceptionen sollen in der Regel gleich bey der Litiscontestation vorgebracht werden, manche sollen auch später, ja selbst bis zur Exsecution zulässig seyn. — Hierin nun weicht das heutige Recht sehr von dem Römischen ab. Im Römischen Prozeß sollte bey den freyen Klagen der Juder alle Exceptionen beachten, auch die nicht schon vor dem Prätor, also bis zur Zeit der Litiscontestation, vorgebracht waren. Bey den strengen Klagen sollten sie zwar nur gelten, wenn sie in der Formel standen, also schon vor dem Prätor vorgebracht waren; aber auch wenn dieses übersehen worden war, wurde gegen eine solche Versäumniß leicht Restitution ertheilt (o). Die relative Verneinung dagegen durfte bey allen Klagen vor dem Juder vorgebracht werden, auch wenn davon vor dem Prätor noch gar nicht die Rede gewesen war. — Hierin nun hat der heutige Prozeß andere und strengere Regeln, die aber entschieden nicht auf den Fall der Römischen Exceptionen beschränkt sind. Die weitere oder engere Fassung des Begriffs der Exceptionen hat also auf dieses veränderte Prozeßrecht wiederum keinen Einfluß.

(o) Gajus IV. § 125, *L.* 2 *C. sent. rescindi* (7. 50.), *L.* 8 *C. de except.* (8. 36.).

Es iſt ſtreitig, inwiefern Exceptionen, die der Beklagte nicht vorgebracht hat, officio judicis ſupplirt werden dürfen. — Bey den Römern bezeichnet officium judicis Dasjenige, was der Juder nach freyem Ermeſſen thun durfte und ſollte, außer den Gränzen der ihm vom Prätor ertheilten wörtlichen Vorſchrift. Hier nun iſt es gewiß, daß er bey freyen Klagen alle Exceptionen zu beachten hatte, bey ſtrengen Klagen nur die in der Formel ausgedrückten. — Die Neueren verſtehen unter jenem Ausdruck Dasjenige, was der Richter aus eignem Antrieb thut, ohne den Antrag einer Partey. In dieſer Beziehung nun müſſen wir für das mündliche Verfahren im Römiſchen Prozeß eine große Freyheit annehmen, ſo daß ohne Zweifel der Prätor und der Juder den Parteyen abfragen konnten, was ihnen gut dünkte. Wir haben in unſrem ſchriftlichen Prozeß ſtrengere Regeln, es wird aber von manchen Exceptionen behauptet, daß der Richter ſie ſuppliren dürfe (p). Auch hier muß ich behaupten, daß, wie viel oder wie wenig man dem Richter einräumen möge, Dieſes von der Ausdehnung des Exceptionenbegriffs völlig unabhängig iſt.

Erwägt man dieſe Umſtände, ſo möchte es wohl das Gerathenſte ſeyn, in der Theorie des Römiſchen Rechts

(p) Albrecht S. 130 nimmt an, dieſe Frage ſey unpraktiſch, weil doch der Richter Nichts aus ſeiner Privatkenntniß benutzen dürfe, der Kläger aber ſich hüten werde, die Thatſachen zu berühren, die eine Exception begründen könnten. Allein die Exception der Klagverjährung wird durch bloße Rechnung begründet, die exc. Sc. Vellejani durch die perſönliche Bezeichnung der verklagten Bürgin, deren Geſchlecht ja von dem Kläger nicht verheimlicht werden kann.

von den Exceptionen gerade so zu sprechen, wie es dem Sprachgebrauch unsrer Quellen angemessen ist; in der Prozeßtheorie aber den Namen der Exceptionen, in anderem als dem Römischen Sinn, ganz zu vermeiden, und dafür die völlig ausreichenden deutschen Ausdrücke: Einrede oder Einwendung zu gebrauchen. Das dringendste Bedürfniß für die Prozeßlehre besteht darin, daß man über die Rechtsregeln zum Einverständniß gelange. Bis man sich diesem wünschenswerthen Ziel genähert haben wird, ist es besser, feste Kunstausdrücke so viel als möglich zu vermeiden. Denn diese sind, nach ihrer natürlichen Bestimmung, Kennzeichen für die Klarheit der eigenen Begriffe und für das Einverständniß mit Anderen. Wo aber diese beiden Zustände noch nicht eingetreten sind, wird durch die Anwendung solcher Kunstausdrücke nur der Mangel verdeckt, und die Abhülfe verzögert. Besonders aber sind die willkührlich erfundenen Kunstausdrücke Exceptio juris und facti zu meiden, die durch einen falschen Schein von Quellenmäßigkeit täuschen, und daneben schon seit langer Zeit die Verwirrung der Begriffe erhalten und vermehrt haben.

§ 229.

Replikationen, Duplikationen u. s. w.

Das Parteyenverhältniß, welches bisher in der Klage, und in der Vertheidigung des Beklagten dargestellt wurde, ist nun noch weiterer Entwicklungen empfänglich.

Wenn die Vertheidigung in einer Exception beſteht, alſo eine, der Klage ähnliche, ſelbſtſtändige Natur hat, ſo ſind dagegen dieſelben Vertheidigungen des Klägers denkbar, wie die, welche oben für den Beklagten nachgewieſen worden ſind (§ 225). Es kann nämlich der Kläger das in der Exception behauptete Recht entweder abſolut verneinen, oder für ſpäter vernichtet ausgeben (relative Verneinung), oder endlich durch ein ſelbſtſtändiges eigenes Recht entkräften.

Dieſe letzte Art der Vertheidigung führt den Namen Replicatio, und ſie wird geradezu als eine exceptionis exceptio erklärt (a), welches nicht etwa als eine Erläuterung durch bloße Ähnlichkeit, ſondern ganz buchſtäblich zu verſtehen iſt. Denn auch die Replication ſoll lediglich eine Ausnahme bewirken von der durch die Exception regelmäßigerweiſe bewirkten Losſprechung des Beklagten. Auch in der Faſſung der Römiſchen Formeln wird dieſes Verhältniß ſichtbar. Denn nachdem der Prätor den Juder angewieſen hatte, unter Vorausſetzung der Intentio zu condemniren, beſchränkte er zuerſt dieſe Vorſchrift durch die Ausnahme, unter Vorausſetzung der Wahrheit der Exceptio dennoch zu abſolviren. Dieſe letzte Anweiſung aber erhielt abermals eine Ausnahme für den Fall, daß

(a) *L.* 2 § 1 *de exc.* (44. 1.) „Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt"... *L.* 22 *eod.* „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio." — Vgl. überhaupt Gaius IV. § 126—129, tit. Inst. de replic. 4. 14.

daneben auch noch die in der Replicatio ausgedrückte Thatsache wahr seyn sollte, für welchen Fall also dennoch die Condemnation vorgeschrieben wurde.

Dieses Verhältniß wurde in den Formeln durch die Worte: aut si eingeleitet, und in folgender Weise ausgedrückt. Wenn z. B. ein Grundstück vindicirt wurde, und der Beklagte die Exception eines Pachtcontracts entgegensetzte, so konnte der Kläger repliciren, der Beklagte habe ihn durch Betrug zu diesem Contract verleitet, welcher daher nicht bindend sey. Si paret, fundum de quo agitur Agerii esse, judex Negidium condemna, si ab Agerio is fundus locatus Negidio non sit, *aut si dolo Negidii factum sit, quo magis locaretur.* Das heißt: die Condemnation soll nur erfolgen, wenn der behauptete Pachtcontract nicht wahr, oder wenn derselbe zwar wahr, aber durch Betrug bewirkt worden ist (b).

Die Replicationen, eben so wie die Exceptionen, waren bald aus dem Civilrecht abgeleitet (c), bald aus dem prätorischen Recht (d).

(b) Vgl. das letzte Beyspiel bey Gajus IV. § 126, ferner *L.* 48 *de proc.* (3. 3.), *L.* 32 § 2 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 154 *de R. J.* (50. 17.). — Wenn in manchen Stellen eine negative Fassung vorkommt, wie z. B. in *L.* 24 *de re jud.* (44. 1.) „at si res judicata non sit," so ist das blos die erzählende Angabe des Inhalts einer solchen Replication, nicht der Ausdruck, wie ihn der Prätor selbst in die Formel einfügte, gerade so wie es oben von manchen Stellen über einzelne Exceptionen bemerkt worden ist (§ 226. a). — Sehr befriedigend ist dieser Punkt behandelt von Keller Litiscontestation S. 339. 340.

(c) Mandati replicatio in *L.* 48 *de proc.* (3. 3.), Scti Vellejani in *L.* 32 § 2 *ad Sc. Vell.* (16. 1.).

(d) Doli replicatio in *L.* 154

Daſſelbe Verhältniß nun kann ſich nach der andern Seite hin wiederholen, und dieſe Wiederholung läßt ſich in Gedanken ohne Ende fortſetzen. Fragt man nämlich, wie ſich der Beklagte gegen eine Replication vertheidigen kann, ſo iſt die Antwort immer wieder dieſelbe. Er kann abſolut oder relativ verneinen, oder ein neues ſelbſtſtändiges Recht entgegenſetzen. Dieſe letzte Art der Vertheidigung wird von Gajus und den Inſtitutionen Duplicatio genannt, darauf folgt von der andern Seite die Triplicatio, und ſo ins Unendliche fort (e). Gajus verſichert, im wirklichen Leben komme dieſe Verwicklung noch weiter als bis zur Triplicatio vor (f). Indeſſen ſind ſchon ächte Replicationen nicht häufig, Duplicationen gewiß ſehr ſelten, und Triplicationen, oder gar Quadruplicationen, möchten wohl nie vorkommen.

Der eben angeführte Sprachgebrauch war bey den Römern nicht allgemein anerkannt. Er beruhte offenbar darauf, daß die Klage und die Exception, als die Grundlagen jedes Rechtsſtreits, ſtillſchweigend vorausgeſetzt, und

de R. J. (50. 17.), paoti bey Gajus IV. § 126.

(e) Gajus IV. § 127 — 129, § 1. 2 *J. de repl.* (4. 14.). Derſelbe Sprachgebrauch kommt vor bey einem ungenannten Juriſten in Fragm. Vat. § 259. Es waren res mancipi geſchenkt und nicht mancipirt worden, dieſe ſollten nicht uſucapirt werden. Wenn nun die Erben des donator jene Sachen vindicirten, und der Beſchenkte die Exception aus der Schenkung entgegenſetzte, ſo wurde dieſe durch die replicatio L. Cinciae entkräftet. Weil aber der donator ohne Widerruf geſtorben war, ſo wurde wieder jene Replication durch die doli *duplicatio* beſeitigt, die hier ausdrücklich genannt iſt.

(f) Gajus IV. § 129. Eben ſo Ulpian in *L.* 2 § 3 *de exc.* (44. 1.).

erſt die folgenden Reden und Gegenreden mit Zahlen bezeichnet wurden. Dann war das erſte Stück die Replicatio, das zweyte die vom Beklagten ausgehende Duplicatio, und ſo fort. — Es war aber eben ſo natürlich, und wohl noch natürlicher, nur die Klage allein als Grundlage des Prozeſſes vorauszuſetzen, und von da an alle fernere Reden und Gegenreden mit Zahlen zu verſehen. Dann war das erſte Stück die Exceptio, das zweyte die Erwiederung des Klägers, die alſo eben ſowohl Replicatio, als Duplicatio heißen konnte (g), das dritte Stück die Erwiederung des Beklagten, die nun Triplicatio heißen mußte, und ſo weiter. Dieſe abweichende Ausdrucksweiſe iſt in unſren Rechtsquellen verdunkelt worden durch das falſche Beſtreben der Abſchreiber, den allerdings unzweifelhaften Sprachgebrauch der Inſtitutionen überall durchzuführen. So iſt es in einer Stelle des Ulpian geſchehen, die in der Florentiniſchen Handſchrift ganz einfach ſagt: Sed et contra replicationem solet dari *triplicatio* (h). Eben ſo in einer Stelle des Julian (i).

(g) Die Namen duplicatio und Triplicatio ſind von Zahlen hergenommen, Replicatio nicht. Auch darf die Verſchiedenheit des Sprachgebrauchs nicht auf die Exceptionen ausgedehnt werden, als ob dieſe jemals Replicationes genannt worden wären.

(h) Hier lieſt nun die Vulgata: Sed et contra replicationem solet dari *duplicatio et contra duplicationem* triplicatio, offenbar aus dem Beſtreben, den Widerſpruch mit den Inſtitutionen zu beſeitigen.

(i) *L.* 7 § 1. 2 *de curat. fur.* (27. 10.). Hier ſtimmen die Florentina und die Vulgata darin überein, auf die replicatio unmittelbar die triplicatio folgen zu laſſen, ohne eine von beiden verſchiedene duplicatio in die Mitte zu ſtellen, ſo daß offenbar in dieſer Stelle replicatio und duplicatio

Bei den Replicationen und Duplicationen ſind dieſelben Misverſtändniſſe, ſowohl in den Begriffen ſelbſt, als in den Kunſtausdrücken, denkbar, von welchen bey den Exceptionen ausführlich die Rede geweſen iſt. Jedoch ſind dieſelben hier nicht ſo zur Sprache gekommen, welches der ſeltneren Anwendung und der geringeren Erheblichkeit dieſer Rechtsinſtitute zuzuſchreiben iſt.

Nicht zu verwechſeln damit iſt eine andere Verſchiedenheit des Sprachgebrauchs, die nun noch, in Beziehung ſowohl auf die Exceptionen, als auf die Replicationen u. ſ. w., erwähnt werden muß. Schon bey den Klagen iſt bemerkt worden, daß dieſelben von zwey verſchiedenen Seiten aufgefaßt werden können: der formellen, die dem Prozeß, und der materiellen, die dem Syſtem des materiellen Rechts angehört (§ 205). Beide Beziehungen werden in unſrem heutigen Recht unter dem Namen des Klaglibells und des Klagrechts anerkannt, welches letzte allein zu unſrer gegenwärtigen Aufgabe gehört. — Völlig derſelbe Gegenſatz nun findet ſich bey den Exceptionen, Replicationen u. ſ. w., ſo daß wir alſo auch die Exceptionsſchrift, und die Exception als Recht des Beklagten, zu unterſcheiden haben. Da aber die Vertheidigungen des Beklagten ſehr mannichfaltig ſind (§ 225), und nicht für jede derſelben eine beſondere Prozeßhandlung zugelaſſen werden kann, ſo

als identiſch gedacht, der erſte Name aber allein gebraucht wird. Es iſt auch Alles deutlich, wenn nur anſtatt: Sed an *replicatio* mit der Vulgata geleſen wird: *Sed an triplicatio.* — Sehr gut handelt von dieſer Stelle Keller S. 335 —341.

verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſie alle in Einer Prozeßſchrift zuſammengefaßt werden, welche von demjenigen Theil ihres Inhalts, der die individuellſte Natur hat, den Namen Exceptionsſchrift erhält. Wenn ich nun zugebe, daß in unſrer heutigen Exceptionsſchrift auch die Einwendung der Zahlung an ihrer richtigen Stelle iſt, ſo liegt darin nicht etwa eine inconſequente Rückkehr zu der oben bekämpften Meynung über den Begriff der Exceptionen. Auch diejenige Exceptionsſchrift würde für völlig genügend angeſehen werden müſſen, welche ſich auf die wenigen Worte beſchränkte: Alles, was der Kläger vorbringt, iſt nicht wahr. Und doch wird eine ſolche einfache und abſolute Verneinung von Keinem für eine Exception ausgegeben. Exceptionsſchrift heißt alſo in der Sprache des heutigen Prozeſſes nicht etwa eine Schrift, deren Inhalt in Exceptionen beſteht, ſondern: eine Schrift, in welcher die Exceptionen, wenn gerade ſolche vorhanden ſind, ihre richtige, angemeſſene Stelle finden.

Genau ſo verhält es ſich in unſrem heutigen Prozeß auch mit den Benennungen Replik, Duplik u. ſ. w. Dieſe bezeichnen beſtimmte Punkte in der ganzen Reihe der Prozeßhandlungen, und es ſind dieſe Namen darum gewählt worden, weil die wahren Replicationen und Duplicationen, wenn etwa ſolche vorhanden ſind, in jenen Schriften vorgebracht werden. Man bedient ſich alſo dieſer kurzen und anſchaulichen Ausdrücke, anſtatt daß man ſonſt umſtändliche und abſtractere gebrauchen müßte. Was

nun oben über die Seltenheit ächter Duplicationen und Triplicationen geſagt worden iſt, kann auf die Prozeßſchriften dieſes Namens nicht bezogen werden. Vielmehr gehört im gemeinen Prozeß die Duplik zum Weſen eines vollſtändigen erſten Verfahrens; Tripliken und Quadrupliken, ja ſelbſt Quintupliken und Sextupliken können aber vorkommen, ſo oft das Bedürfniß oder die Laune der Parteyen dazu führt, und der Richter ſie zu geſtatten gut findet.

Obgleich nun alſo dieſe Ausdrücke unſres heutigen Prozeſſes mit den oben erörterten Meynungen über den Begriff der Exceptionen keinen innern und weſentlichen Zuſammenhang haben, ſo kann doch nicht verkannt werden, daß die Misverſtändniſſe über den Begriff der Exceptionen durch jene dem Prozeß angehörende Kunſtausdrücke ſehr befördert worden ſind.

§. 230.

Aufhebung des Klagrechts. Überſicht. I. Tod.

Das Klagrecht, als eine eigenthümliche Art von Rechten, kann unter den Perſonen, unter welchen es urſprünglich beſtand, auf verſchiedene Weiſe aufgehoben werden. Es kann nämlich erſtens auf andere Perſonen übergehen, alſo in dieſen fortdauern; zweytens kann es gänzlich untergehen.

Die Fortdauer in anderen Perſonen kann bewirkt werden erſtlich durch Ceſſion, zweytens durch den Tod. — Die

Ceſſion gehört, ihrem juriſtiſchen Weſen nach, recht eigentlich der Lehre von den Klagen an, indem ſie ſich auf Rechte der verſchiedenſten Art beziehen kann, und in dieſen überall die Klagbarkeit als ſolche zum Gegenſtand hat. Faßt man ſie jedoch von ihrer praktiſchen Seite auf, nämlich nach dem überwiegenden Werth, den ſie für das wirkliche Leben hat, ſo gehört ſie vorzugsweiſe dem Obligationenrecht an, und kann nur in Verbindung mit demſelben vollſtändig verſtanden werden. — Der Tod iſt nicht immer ein Grund des Übergangs eines Klagrechts auf andere Perſonen, indem durch ihn das Klagrecht in vielen Fällen vielmehr ganz untergeht.

Der Untergang der Klagrechte kommt in folgenden Abſtufungen vor:

1) Indem das Recht ſelbſt vernichtet wird, welches der Klage zum Grunde liegt, und durch ſie verfolgt werden konnte.

Beyſpiele: wenn das Thier zufällig ſtirbt, welches bisher vindicirt werden konnte; wenn die Schuld, auf welche bisher geklagt werden konnte, bezahlt wird, da durch die Zahlung die Obligation ſelbſt vernichtet wird.

2) Indem der Anſpruch des Klägers, zu deſſen Schutz das Klagrecht diente, auf andere Weiſe Befriedigung erhält.

Beyſpiel: Wenn die Sache, welche bisher vindicirt oder condicirt werden konnte, durch Zufall in den Beſitz des Eigenthümers zurück kehrt (a).

3) Indem, ohne Befriedigung des Klägers, die Verletzung

(a) *L.* 54 § 3 *de furtis* (47. 2.).

aufhört, wodurch ein Anderer bisher in die Stellung eines Beklagten kam.

Beyſpiel: Wenn der Beſitzer einer fremden Sache, die bisher gegen ihn vindicirt werden konnte, den Beſitz derſelben verliert.

4) Indem nur allein die Klagbarkeit aufhört, ohne daß in dem Recht ſelbſt oder in der Verletzung irgend eine Veränderung wahrzunehmen iſt.

Dahin gehört die Klagverjährung.

Alle dieſe Arten der Aufhebung beziehen ſich auf das Klagrecht als ſolches, unter Vorausſetzung der bloßen Verletzung, noch ohne hinzutretende Prozeßhandlungen (§ 204), und von ſolchen allein kann an dieſer Stelle des Werks die Rede ſeyn. Diejenigen Aufhebungen dagegen, die erſt im Laufe des Rechtsſtreits eintreten können, z. B. durch das Urtheil, werden weiter unten dargeſtellt werden.

Unter den hier berührten Aufhebungsarten des Klagrechts machen folgende eine beſondere Unterſuchung nöthig.

I. Der Tod.

II. Die Concurrenz der Klagen.

III. Die Klagverjährung.

I. Der Tod.

Von dem Tod des Klagberechtigten oder des Beklagten iſt ſo eben bemerkt worden, daß er in manchen Fällen den Übergang des Klagrechts auf andere Perſonen, in anderen die Vernichtung des bisher beſtehenden Klagrechts

bewirkt. Es ſoll alſo nunmehr beſtimmt werden, unter welchen Bedingungen der eine oder der andere Erfolg eintritt. — Die Vererblichkeit der Klagen muß aber beſonders unterſucht werden von Seiten des Klägers, und von Seiten des Beklagten.

Von Seiten des Klägers (alſo activ) vererblich ſind die allermeiſten Klagen, ſo daß die nicht vererblichen als ſeltene Ausnahmen angeſehen werden können.

Nicht vererblich ſind die Klagen aus Familienverhältniſſen, weil dieſe Rechtsverhältniſſe ſelbſt ganz individueller Natur ſind, ſo daß mit dem Tode des Klagberechtigten das Recht ſelbſt, welches durch die Klage bisher verfolgt werden konnte, gänzlich aufhört. — Dieſes gilt jedoch nur von den natürlichen Familienverhältniſſen, der Ehe, väterlichen Gewalt, Verwandtſchaft. Denn bey manchen künſtlichen, welche mit dem Eigenthum in Verbindung ſtehen, geht das Recht ſelbſt auf den Erben über, und dann hat auch die Vererbung der Klage kein Bedenken (a[1]).

Unvererblich ſind ferner die meiſten unter denjenigen Rechten, welche oben als anomaliſche Rechte in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit ausführlich dargeſtellt worden ſind (b). Denn da die Grundlage derſelben nicht in einem Vermögensrecht, ſondern in einem ganz individuellen Verhältniß beſteht, ſo kann das Recht ſelbſt, mithin auch die zu deſſen Schutz eingeführte Klage, nicht auf die Erben

(a[1]) Vgl. oben B. 1 § 57 S. 385.
(b) B. 2 § 71—74.

übergehen. Dahin gehört alſo namentlich die Injurienklage, deren Weſen in der Vindicta, das heißt in einem, der beleidigten Perſon ausſchließend übertragenen Strafamt beſteht, wobey die Geldſtrafe blos als das zufällig gewählte Strafmittel erſcheint, durch welches der Character der Klage nicht beſtimmt werden kann (c). — Aber eine ganz ähnliche Natur haben einige Klagen, welche (vielleicht nur zufällig) nicht in der Reihe jener anomaliſchen Rechte aufgeführt werden. Dahin gehört: A) Die actio in factum de calumnia. Wenn Geld oder Geldeswerth gegeben wird, damit ein ungerechter Rechtsſtreit geführt werde, oder unterbleibe, ſo kann der Gefährdete von Dem, welcher dieſen unedlen Gewinn gemacht hatte, die vierfache Summe als Strafe fordern. Dieſes iſt reine Vindicta, und der Erbe des Gefährdeten hat darauf keinen Anſpruch; wenn aber Dieſer ſelbſt das Geld gegeben hatte, um ſich von dem Rechtsſtreit loszukaufen, ſo kann auch der Erbe die gegebene Summe mit einer Condiction zurück fordern, welche alſo von jener auf Vindicta gerichteten Klage völlig verſchieden iſt (d). — B) Wird Jemand an der rechtmäßigen Beerdigung eines Todten mit Gewalt verhindert, ſo hat er eine Klage auf das Intereſſe, die aber nicht auf ſeinen Erben übergeht. Gajus, der dieſe Regel als eine unzweifelhaft angenommene anführt, findet ſie ſeltſam, weil ja doch die Klage auf eine bloße Geld-

(c) B. 2 § 73. (d) *L.* 4 *de calumniat.* (3. 6.).

entſchädigung gehe (e). Allein die Entſchädigung für das anderwärts angekaufte Grabmal, die allerdings hier beachtet werden ſoll, iſt doch nur ein Stück (und wohl nur ein untergeordnetes) des durch dieſe Klage verfolgten Intereſſe (f). Die Hauptſache iſt die dem Andenken des Verſtorbenen zugefügte Schmach (g), und daher geht in der That dieſe Klage, eben ſo wie die eigentliche Injurienklage, ihrem Hauptinhalt nach auf Vindicta (h). Dieſes wird noch beſtätigt durch eine ganz ähnliche Klage, wobey dieſes Alles nur viel deutlicher geſagt iſt, die actio sepulchri violati (i), und die auch ſchon oben unter den anomaliſchen, auf Vindicta gerichteten, Rechten mit auf-

(e) *L.* 9 *de relig.* (11. 7.). „Unde miror, *quare constare videatur*, neque heredi neque in heredem dandam actionem".. Alſo das constare videri räumt er ein.

(f) *L.* 9 *de relig.* (11. 7.). „ . . . per quam consequitur actor, *quanti ejus interfuerit*, prohibitum non esse: *in quam computationem cadit* loci empti pretium, aut conducti merces" ... Es iſt alſo in der Klage enthalten, aber keinesweges der einzige oder auch nur wichtigſte Theil ihres Inhalts.

(g) *L.* 6 C. *de sepulchro viol.* (9. 19.). „Cum sit injustum ... *injuriam* fieri reliquiis defunctorum ab his, qui debitorem sibi esse mortuum dicendo ... *sepulturam ejus impediunt:* ne in posterum *eadem injuria* procederet"...

(h) Vgl. mehrere der bey Glück B. 11 S. 452 angeführten Schriftſteller, und Kierulff Theorie I. 228.

(i) *L.* 3 §. 8 *de sepulchro viol.* (47. 12.). „Qui de sepulchri violati actione judicant, aestimabunt, *quatenus intersit:* scilicet *ex injuria* quae facta est .. vel *ex damno* quod contigit"... Es iſt offenbar nur zufällig, daß hier als Beſtandtheil des zu beachtenden Intereſſe ſowohl die Beleidigung, als der Geldverluſt, angegeben wird, bey jener Klage dagegen nur der letzte (Note f). In der Sache ſelbſt iſt zwiſchen beiden Klagen kein Unterſchied.

geführt worden iſt (§ 73). — C) Die Klage auf den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit ſoll gleichfalls nicht auf die Erben des Gebers übergehen (§ 169. b.). Auch dieſes läßt ſich auf den Begriff der Vindicta zurück führen, wozu der eingeklagte Vermögenswerth nur als Mittel gebraucht werden ſoll (k). — D) Eben ſo die (im Juſtinianiſchen Recht verſchwundene) morum coercitio, das heißt die actio de moribus und die retentio propter mores im Fall der Sittenloſigkeit eines Ehegatten (l). Daß dieſe Rechtsmittel auf reine Vindicta gehen, iſt unverkennbar.

Mit Unrecht zählt Gajus unter die poſitiven Ausnahmen von der Vererblichkeit der Klagrechte, die dem Abſtipulator zuſtehende Klage (m). Denn da er ſelbſt ſagt, daß das Verhältniß des Glaubigers zum Abſtipulator ſtets auf einem Mandat beruhe (n), das Mandat aber niemals auf die Erben des Bevollmächtigten übergeht, ſo folgt von ſelbſt, daß die Erben des Abſtipulators den nur ihm ſelbſt ertheilten Auftrag nicht durch Anſtellung der Stipulationsklage beſorgen können, weshalb dieſer Fall der Unvererblichkeit als eine beſondere Ausnahme von der Regel nicht anzuſehen iſt.

Von Seiten des **Beklagten** iſt die Zahl der unvererblichen Klagen bedeutender als von Seiten des Klägers.

Die perſönlichen Klagen aus Contracten und Quaſi-

(k) Vgl. Kierulff Theorie I. 228.

(l) *L.* 15 § 1 *sol. matr.* (24. 3.).

(m) Gajus III. § 114, IV. § 113.

(n) Gajus III. § 111. 216.

contracten ſind vererblich. — Die zweyſeitigen Strafklagen ſind durchaus unvererblich. Die einſeitigen und gemiſchten Strafklagen ſind nur inſoweit vererblich, als der Erbe außerdem durch das Delict bereichert bleiben würde (§ 211.).

Die in rem actiones ſind von Seiten des Beklagten nicht vererblich. Die Klagen aus Eigenthum, jus in re, oder Erbrecht ſind es größtentheils deswegen nicht, weil in der Perſon des Beklagten ein wirklicher, gegenwärtiger Beſitz vorausgeſetzt wird, der Beſitz aber durch die bloße Erwerbung eines Erbrechts nicht übergeht (o). Wenn alſo der Erbe des Beſitzers nicht zufällig den Beſitz derſelben Sache erworben hat, ſo geht gegen ihn die Klage gar nicht; hat er aber den Beſitz erworben, ſo wird er nicht als Erbe Beklagter, ſondern wegen ſeines eigenen Beſitzverhältniſſes. Nur wenn der Erblaſſer den Beſitz in unredlicher Abſicht aufgegeben hatte, wird die Klage ſo wie eine einſeitige Strafklage gegen den Erben angeſtellt; hier aber trägt ſie auch nur die Form und den Namen einer in rem actio an ſich, in der That iſt ſie nun eine perſönliche Klage aus einem Delict (p). — Die confeſſoriſche und negatoriſche Klage ſetzen zwar nicht Beſitz in der Perſon des Beklagten voraus, aber doch irgend eine Veranlaſſung, die als Verletzung betrachtet werden kann, und

(o) Savigny Recht des Beſitzes § 28.

(p) Dieſe Sätze ſind anerkannt in *L.* 52. 55. 42 *de rei vind.* (6. 1.).

nun oben über die Seltenheit ächter Duplicationen und Triplicationen geſagt worden iſt, kann auf die Prozeßſchriften dieſes Namens nicht bezogen werden. Vielmehr gehört im gemeinen Prozeß die Duplik zum Weſen eines vollſtändigen erſten Verfahrens; Tripliken und Quadrupliken, ja ſelbſt Quintupliken und Sextupliken können aber vorkommen, ſo oft das Bedürfniß oder die Laune der Parteyen dazu führt, und der Richter ſie zu geſtatten gut findet.

Obgleich nun alſo dieſe Ausdrücke unſres heutigen Prozeſſes mit den oben erörterten Meynungen über den Begriff der Exceptionen keinen innern und weſentlichen Zuſammenhang haben, ſo kann doch nicht verkannt werden, daß die Misverſtändniſſe über den Begriff der Exceptionen durch jene dem Prozeß angehörende Kunſtausdrücke ſehr befördert worden ſind.

§. 230.

Aufhebung des Klagrechts. Überſicht. I. Tod.

Das Klagrecht, als eine eigenthümliche Art von Rechten, kann unter den Perſonen, unter welchen es urſprünglich beſtand, auf verſchiedene Weiſe aufgehoben werden. Es kann nämlich erſtens auf andere Perſonen übergehen, alſo in dieſen fortdauern; zweytens kann es gänzlich untergehen.

Die Fortdauer in anderen Perſonen kann bewirkt werden erſtlich durch Ceſſion, zweytens durch den Tod. — Die

Ceſſion gehört, ihrem juriſtiſchen Weſen nach, recht eigentlich der Lehre von den Klagen an, indem ſie ſich auf Rechte der verſchiedenſten Art beziehen kann, und in dieſen überall die Klagbarkeit als ſolche zum Gegenſtand hat. Faßt man ſie jedoch von ihrer praktiſchen Seite auf, nämlich nach dem überwiegenden Werth, den ſie für das wirkliche Leben hat, ſo gehört ſie vorzugsweiſe dem Obligationenrecht an, und kann nur in Verbindung mit demſelben vollſtändig verſtanden werden. — Der Tod iſt nicht immer ein Grund des Übergangs eines Klagrechts auf andere Perſonen, indem durch ihn das Klagrecht in vielen Fällen vielmehr ganz untergeht.

Der Untergang der Klagrechte kommt in folgenden Abſtufungen vor:

1) Indem das Recht ſelbſt vernichtet wird, welches der Klage zum Grunde liegt, und durch ſie verfolgt werden konnte.

Beyſpiele: wenn das Thier zufällig ſtirbt, welches bisher vindicirt werden konnte; wenn die Schuld, auf welche bisher geklagt werden konnte, bezahlt wird, da durch die Zahlung die Obligation ſelbſt vernichtet wird.

2) Indem der Anſpruch des Klägers, zu deſſen Schutz das Klagrecht diente, auf andere Weiſe Befriedigung erhält.

Beyſpiel: Wenn die Sache, welche bisher vindicirt oder condicirt werden konnte, durch Zufall in den Beſitz des Eigenthümers zurück kehrt (a).

3) Indem, ohne Befriedigung des Klägers, die Verletzung

(a) *L.* 54 § 3 *de furtis* (47. 2.).

Statt finden; der gemeinſchaftliche Gegenſtand. Als Gegenſatz würde ſich ergeben, daß bey Verſchiedenheit des Entſtehungsgrundes, des Namens der Klagen, der Perſonen, oder des Gegenſtandes, keine Identität unter dieſen Klagen, alſo auch kein Einfluß der einen auf die Wirkſamkeit der andern, anzunehmen wäre. Die Prüfung dieſer möglichen Beziehungen wird nun ergeben, daß die drey erſten in der That ohne Einfluß ſind, aller Einfluß alſo lediglich der letzten Beziehung, dem gemeinſamen Gegenſtand der Klagen, zuzuſchreiben iſt.

I. Gleichheit oder Ungleichheit des Entſtehungsgrundes mehrerer Klagen iſt für jenen Zweck gleichgültig (a).

Die Beleidigung einer Ehefrau enthält in einer und derſelben Thatſache zwey juriſtiſche Beziehungen, eine Injurie gegen die Frau, und eine Injurie gegen den Ehemann. Keine dieſer beiden Injurienklagen wird durch die andere in ihrer Wirkſamkeit beſchränkt. — Derſelbe Diebſtahl erzeugt eine Condiction und die pönale furti actio; beide beſtehen ungeſtört neben einander (b).

(a) Zuweilen iſt die Gleichheit des Entſtehungsgrundes ſogar blos ſcheinbar, nicht wirklich vorhanden. Wenn ein gemiethetes Pferd von dem Miether getödtet wird, ſo entſteht nur die a. L. Aquiliae aus der Tödtung, die locati actio entſteht aus dem früher geſchloſſenen Miethcontract; in Beziehung auf ſie iſt die Tödtung nicht Entſtehungsgrund, ſondern eine Thatſache, die den Miether von der Verpflichtung zur Rückgabe nur nicht befreyt.

(b) Auf dieſen Fall, derſelben materiellen Thatſache mit verſchiedenen juriſtiſchen Beziehungen, geht *L.* 1 § 22 *de tutelae* (27. 3.) „ut quis dicat *plures esse actiones ejusdem facti.*" (Dieſe Worte ſollen nur eine mögliche, von dem Verfaſſer misbilligte, Anſicht der Sache ausdrücken.). — Ferner: *L.* 9 *C. de accus.* (9. 2).

bewirkt. Es ſoll alſo nunmehr beſtimmt werden, unter welchen Bedingungen der eine oder der andere Erfolg eintritt. — Die Vererblichkeit der Klagen muß aber beſonders unterſucht werden von Seiten des Klägers, und von Seiten des Beklagten.

Von Seiten des Klägers (alſo activ) vererblich ſind die allermeiſten Klagen, ſo daß die nicht vererblichen als ſeltene Ausnahmen angeſehen werden können.

Nicht vererblich ſind die Klagen aus Familienverhältniſſen, weil dieſe Rechtsverhältniſſe ſelbſt ganz individueller Natur ſind, ſo daß mit dem Tode des Klagberechtigten das Recht ſelbſt, welches durch die Klage bisher verfolgt werden konnte, gänzlich aufhört. — Dieſes gilt jedoch nur von den natürlichen Familienverhältniſſen, der Ehe, väterlichen Gewalt, Verwandtſchaft. Denn bey manchen künſtlichen, welche mit dem Eigenthum in Verbindung ſtehen, geht das Recht ſelbſt auf den Erben über, und dann hat auch die Vererbung der Klage kein Bedenken (a[1]).

Unvererblich ſind ferner die meiſten unter denjenigen Rechten, welche oben als anomaliſche Rechte in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit ausführlich dargeſtellt worden ſind (b). Denn da die Grundlage derſelben nicht in einem Vermögensrecht, ſondern in einem ganz individuellen Verhältniß beſteht, ſo kann das Recht ſelbſt, mithin auch die zu deſſen Schutz eingeführte Klage, nicht auf die Erben

(a[1]) Vgl. oben B. 1 § 57 S. 385.
(b) B. 2 § 71—74.

die Vindication, als die Condiction; aber obgleich dieſes verſchiedenartige Klagen ſind, wird dennoch eine durch die andere abſorbirt (e).

III. Die Gleichheit oder Ungleichheit der in mehreren Klagen vorkommenden Perſonen iſt an ſich ſelbſt ohne Einfluß.

Wenn dieſelben Perſonen einmal ein Darlehen, dann wieder einen Kauf, endlich einen Miethcontract unter ſich abſchließen, ſo beſtehen unter ihnen drey Contractsklagen ohne allen Einfluß der einen auf die anderen.

Wenn umgekehrt Zwey gemeinſchaftlich einen Dritten betrügen, ſo hat Dieſer gegen Jeden derſelben eine Entſchädigungsklage auf den ganzen Verluſt; aber eine dieſer Klagen abſorbirt die andere, obgleich die Beklagten verſchiedene Perſonen ſind.

Indeſſen verdient doch die Verſchiedenheit der Perſonen, ſo gleichgültig ſie für ſich allein iſt, eine beſondere Aufmerkſamkeit, da wo ſie mit der wahren Identität der Klagen zuſammentrifft, und unter dieſem Geſichtspunkt wird ſie unten noch näher erwogen werden.

IV. Es bleibt alſo übrig, als das allein entſcheidende Moment, der für mehrere Klagen gemeinſchaftliche juriſtiſche Gegenſtand oder Zweck (f). Dieſer allein bildet

(e) Alſo iſt hier der Umſtand ohne Einfluß, daß es diversum genus actionis, oder aliud genus judicii iſt, wie es in *L.* 5 und *L.* 7 § 4 *de exc. rei jud.* (44. 2.) bey einer anderen Veranlaſſung genannt wird.

(f) Es iſt demnach hier nicht die Rede von dem materiellen Gegenſtand. Auf daſſelbe Haus oder Pferd können Anſprüche und Klagen ſo verſchiedener Art vor-

eine ſolche Identität, wodurch die eine Klage auf die andere Einfluß erhält. Der höchſt einfache Grundſatz, der hier zur Anwendung kommt, läßt ſich in folgende Formel faſſen:

> Das, was Jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer andern Klage fordern.

So einfach aber, und ſo gewiß, wie dieſer Grundſatz hier lautet, war er bey den Römern nicht, und beſonders nicht zu allen Zeiten. Erſtlich kann es in vielen Fällen zweifelhaft ſeyn, ob der Gegenſtand beider Klagen auch wirklich derſelbe iſt. Zweytens kam im älteren Römiſchen Prozeß die Lehre von der Prozeßconſumtion in Betracht, woraus die alte exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae entſprang, und welche in die Concurrenz der Klagen mit hinein ſpielte. Durch dieſe zwey Umſtände entſtanden unter den alten Juriſten ſelbſt große Controverſen (g). Die Compilatoren giengen darauf aus, die Spuren der untergegangenen Prozeßconſumtion, ſo wie

handen ſeyn, daß dieſe Klagen gar keine Berührung mit einander haben. Wenn aber mehrere Klagen die Entſchädigung, für denſelben Verluſt, oder die Wiedererlangung deſſelben Beſitzes, bezwecken, ſo haben ſie den juriſtiſchen Gegenſtand mit einander gemein. Dieſer letzte wird in Stellen des R. R. auf folgende Weiſe bezeichnet: § 1 *J. de duob. reis* (3. 16.) „in utraque tamen obligatione *una res vertitur.*" *L.* 3 § 1 *eod.* (45. 2.) „cum una sit obligatio, *una et summa est.*"

(g) Eine unzweydeutige Spur dieſer Controverſen, und der Art, wie man ſich dagegen zu ſchützen ſuchte, findet ſich in *L.* 18 § 3 *de pec. const.* (13. 5.). „Vetus fuit dubitatio.... Et *tutius est* dicere" ... Hierbey kam gerade die Prozeßconſumtion in Betracht.

jener Controverſen, ſo viel als möglich zu vertilgen, welches ſie durch die Auswahl der aufzunehmenden Excerpte, auch wohl durch manche Interpolationen, zu bewirken ſuchten. So iſt es zu erklären, wenn daß in dieſer Lehre die Exegeſe oft weniger reine und befriedigende Reſultate liefert, als in den meiſten anderen Lehren.

Ehe aber der aufgeſtellte Grundſatz in ſeinen einzelnen Anwendungen dargeſtellt wird, iſt es nöthig, die bey den neueren Schriftſtellern gewöhnliche Auffaſſung dieſer Lehre, nebſt der daraus entſprungenen Terminologie, zu erwähnen, da dieſe Terminologie ſo allgemein verbreitet iſt, daß ſie unwillkührlich in die folgende Darſtellung hinein getragen und der Wirkung derſelben hinderlich werden würde, wenn nicht dagegen ſchon hier vorgebaut wird.

Bey neueren Schriftſtellern finden ſich folgende zwey Eintheilungen der Klagenconcurrenz als Grundlage dieſer Lehre angegeben (h). Die Concurrenz iſt theils ſubjectiv (unter denſelben Perſonen), theils objectiv (unter verſchiedenen). Die objective iſt cumulativ, elective, ſucceſſiv, je nachdem alle Klagen nach und neben einander angeſtellt werden können; oder nur eine von mehreren, ſo daß durch ſie die übrigen ausgeſchloſſen werden; oder zwar alle, jedoch nur in einer beſtimmten Reihenfolge. — Eine vollſtändige Darſtellung dieſer Lehre müßte demnach für

(h) Mühlenbruch I. § 140. Göſchen Vorleſungen I. S. 448.

jede dieſer Arten der Concurrenz beſondere Grundſätze aufſtellen.

Die in dieſen Kunſtworten ausgedrückte Auffaſſung kann ich aus folgenden Gründen nicht als richtig annehmen. Zuvörderſt muß ich die Haupteintheilung in ſubjective und objective Concurrenz ganz verwerfen. Es iſt nämlich ſchon oben gezeigt worden, daß für den Einfluß einer Klage auf eine andere der Umſtand, ob ſich dieſe Klagen auf dieſelben oder auf verſchiedene Perſonen beziehen, durchaus nicht entſcheidend iſt; daß unter denſelben Perſonen ein Einfluß nicht vorhanden, unter verſchiedenen dagegen ein ſolcher in der That vorhanden ſeyn kann. Daher iſt dieſe, die Perſonen betreffende, Verſchiedenheit zu einer Haupteintheilung der Concurrenz, als Grundlage dieſer Lehre, durchaus nicht geeignet. Was über die Beziehung der Concurrenz auf verſchiedene Perſonen zu ſagen iſt, wird an ſeinem Orte eingeſchaltet werden. Man könnte etwa ſagen: alle Concurrenz iſt ihrem Weſen nach objectiv (in dem gemeinſchaftlichen Object gegründet), ſie kann aber daneben zugleich ſubjectiv ſeyn; jedoch iſt es beſſer, dieſe mehr verwirrenden als aufklärenden Ausdrücke ganz zu vermeiden.

Mit der ſogenannten ſucceſſiven Concurrenz verhält es ſich alſo. Manche Rechte ſtehen zu einander in einem ſolchen Verhältniß, daß das eine durch das andere bedingt iſt, alſo die eine Klage zur Vorbereitung der anderen dienen muß. So z. B. die actio ad exhibendum als

Vorbereitung der Vindication (i); die hereditatis petitio vor der a. familiae herciscundae (k); die Vindication vor der a. communi dividundo (l); die Vindication vor der confessoria actio (m); die Klage gegen den Hauptſchuldner vor der Klage gegen den Bürgen oder gegen den Pfandbeſitzer (n). Ein ſolches Verhältniß mancher Klagen zu einander kann ſehr verſchiedene Gründe haben, und gemeinſame Regeln giebt es dafür nicht, da jeder Fall dieſer Art eine individuelle Natur hat. Mit der hier abgehandelten Klagenconcurrenz hat jenes Verhältniß gar keinen innern Zuſammenhang, und die wahre Natur deſſelben kann durch die Zuſammenſtellung mit der Concurrenz nur verdunkelt werden.

Nach dieſer Abſonderung der ſubjectiven und ſucceſſiven Concurrenz bleiben noch übrig die cumulative und die elective. Aber auch dieſe beiden ſind nicht etwa als ſelbſtſtändige Arten der Concurrenz anzuſehen, für deren jede durch beſondere Regeln zu ſorgen wäre, ſondern die ganze Frage geht eben nur darauf, ob mehrere gleichzeitig vorhandene Klagen in einem ausſchließenden Verhältniß zu einander ſtehen, oder nicht. Man kann dieſe Frage allerdings ſo ausdrücken: ſtehen zwey gegebene Klagen im Verhältniß der electiven oder der cumulativen Concurrenz? Um aber dieſen Ausdruck anzuwenden, muß man damit

(i) *L.* 23 § 5 *de rei vind.* (6. 1.).

(k) *L.* 1 § 1 *fam. herc.* (10. 2.).

(l) *L.* 18 *de except.* (44. 1.).

(m) *L.* 16 *de except.* (44. 1.).

(n) Wegen des ſogenannten beneficii excussionis.

anfangen, den Begriff der Concurrenz ſo weit auszudehnen, daß er mit dem der Coexiſtenz zuſammenfällt. Klarer jedoch wird die Sache durch dieſen Ausdruck nicht, vielmehr würde folgender Ausdruck durch Klarheit und Einfachheit vorzuziehen ſeyn: ſtehen zwey gegebene Klagen zu einander im Verhältniß der Concurrenz oder nicht? Man würde wahrſcheinlich niemals auf jene Kunſtausdrücke gekommen ſeyn, wenn nicht viele Fälle vorkämen, in welchen der bloße Schein einer Concurrenz vorhanden iſt (o). Dieſe Fälle müſſen allerdings gepruͤft, und von der Anwendung der für die Concurrenz geltenden Regeln ausgeſchloſſen werden; allein es iſt nicht zu rechtfertigen, wenn ſolche Fälle als eine beſondere Art der Concurrenz dargeſtellt werden.

Endlich haben mehrere neuere Schriftſteller die wichtige Lehre von der Rechtskraft großentheils in Verbindung

(o) So z. B. die condictio furtiva und die furti actio aus demſelben Diebſtahl, die Injurienklagen des Ehemannes und der Ehefrau, wenn die Frau beleidigt iſt. Hätte man blos mit ſolchen Fällen zu thun, wie wenn unter denſelben Perſonen einmal ein Darlehen, dann ein Kauf geſchloſſen worden iſt, ſo würde man dabey den Ausdruck Concurrenz gewiß nicht angewendet haben, weil nicht einmal der Schein eines inneren Zuſammenhanges beider Klagen vorhanden iſt. In jenen Fällen dagegen entſtand ein ſolcher Schein daraus, daß beide Klagen eine und dieſelbe Handlung zur Grundlage hatten. Indem man dieſe Fälle als cumulative Concurrenz bezeichnete, wollte man damit eigentlich ſagen: Klagen, deren Concurrenz nur ſcheinbar, nicht wirklich iſt, die alſo eben ſo unabhängig von einander ſind, als in dem anderen Fall die Darlehensklage und die Kaufklage. Es iſt aber nicht logiſch, den bloßen Schein der Concurrenz (der allerdings erwogen und beſeitigt werden muß) als eine eigene Art derſelben zu bezeichnen.

mit der Klagenconcurrenz gebracht, weil nämlich die exceptio rei judicatae, ſo wie ſie im neueſten Römiſchen Recht vorkommt, allerdings auch auf concurrirende Klagen angewendet werden kann (p). Allein dieſe Anwendung iſt doch nur eine Erweiterung derjenigen einfacheren Anwendung, die bey der Wiederholung einer und derſelben Klage vorkommt, und ſie kann nur in Verbindung mit dieſer richtig verſtanden werden. Daher iſt es zweckmäßiger, hier davon ganz zu ſchweigen, und die Wirkungen der Rechtskraft in ihrem wahren Zuſammenhang, als ein ungetrenntes Ganze, darzuſtellen.

§. 232.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Erſte Klaſſe von Klagen. Vollſtändige Concurrenz.

Im § 231 wurde vorläufig folgender Grundſatz für die Concurrenz der Klagen aufgeſtellt:

> Das, was Jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer andern Klage fordern.

Dieſer Grundſatz iſt nun zuerſt an die oben (§ 230) aufgeſtellten allgemeineren Regeln über die Aufhebung der Klagrechte anzuknüpfen, dann aber in ſeinen mannichfaltigen Anwendungen darzuſtellen.

Es wurde oben die Regel aufgeſtellt, daß jedes Klag-

(p) So Thibaut in der am Anfang dieſes §. angeführten Schrift. Eben ſo Kierulff Theorie I. S. 241. fg.

recht aufhöre, wenn der Kläger auf andere Weiſe, als durch dieſe Klage, ſeine Befriedigung erlange. Dieſes iſt nun ſtets der Fall, wenn eine andere, concurrirende Klage dieſe Befriedigung bereits bewirkt hat. — Zuweilen aber wird durch den Erfolg der einen Klage das Daſeyn der concurrirenden anderen Klage noch unmittelbarer zerſtört, wenn nämlich jener Erfolg zugleich als Vernichtung des Rechts ſelbſt gelten kann, welches der andern Klage zum Grund liegt. Dieſer, im Weſen der Rechtsverhältniſſe gegründete, für den praktiſchen Erfolg nicht fühlbare, Unterſchied wird weiter unten (§ 236) genauer erörtert werden.

Die Anwendung jenes Grundſatzes führt alſo darauf, in jedem einzelnen Fall zu unterſuchen, ob der ſchon eingetretene Erfolg einer Klage mit dem geſuchten Erfolg einer andern Klage identiſch iſt oder nicht. Im erſten Fall iſt die zweyte Klage durch die erſte abſorbirt, im zweyten Fall kann ſie noch immer mit vollem Erfolg angeſtellt werden. Nach dem bisher üblichen Sprachgebrauch (§ 231) würde im erſten Fall eine elective, im zweyten eine cumulative Concurrenz beider Klagen anzunehmen ſeyn. Ich halte es für richtiger, den Unterſchied ſo auszudrücken, daß eine Concurrenz beider Klagen im erſten Fall angenommen, im zweyten verneint wird.

Nun liegen aber viele Fälle zwiſchen jenen beiden in der Mitte, indem der Erfolg der noch übrigen Klage mit dem der ſchon benutzten Klage *theilweiſe* identiſch ſeyn kann. In dieſen Fällen wird in der noch übrigen Klage

der identiſche Theil abſorbirt ſeyn, der nicht identiſche wird noch ferner verfolgt werden können.

Es ergeben ſich hieraus drey Klaſſen aller überhaupt coexiſtirenden Klagen:

Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz. Die zweyte Klage iſt durch den Erfolg der erſten ganz abſorbirt. (Nach dem üblichen Sprachgebrauch: Elective Concurrenz.)

Zweyte Klaſſe. Partielle Concurrenz. Die zweyte Klage iſt durch den Erfolg der erſten zum Theil abſorbirt.

Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz. Die zweyte Klage kann noch nach der erſten vollſtändig benutzt werden. (Cumulative Concurrenz.)

Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz.

Die Regel, daß hier die zweyte Klage durch die erſte ganz abſorbirt iſt, wird anerkannt in folgender Stelle des Ulpian (a):

Quotiens concurrunt plures actiones *ejusdem rei nomine*, una quis experiri debet.

Die Worte ejusdem rei nomine ſind an ſich zweydeutig. Sie könnten heißen: mehrere Klagen aus derſelben Thatſache, oder auch: auf denſelben Gegenſtand. Nähme man ſie nun in der erſten Bedeutung, ſo wäre der dadurch bedingte Satz offenbar unrichtig (§ 231), alſo bleibt nur die zweyte Bedeutung als die allein mögliche übrig. Dieſe wird nun auch unterſtützt durch den inneren

(a) *L.* 43 § 1 *de R. J.* (50. 17) aus Ulp. lib. 28 ad ed.

Zusammenhang der ganzen Stelle, deren unmittelbar vorhergehende Worte so lauten: Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit (b). Ulpian will hier augenscheinlich auf einen Unterschied zwischen der Lage des Beklagten und des Klägers aufmerksam machen; Jener könne auch mehrere Vertheidigungsmittel zugleich (Verneinung und Exceptionen) geltend machen; der Kläger dürfe unter mehreren, für denselben Zweck concurrirenden, Klagen nur Eine gebrauchen (c). Eine fernere Bestätigung dieser Erklärung liegt in einer andern Stelle desselben Ulpian, worin mehrere Klagen de eadem re für solche erklärt werden, die denselben Gegenstand verfolgen (d).

Anwendungen dieser Regel finden sich in bedeutender Anzahl, und zwar sowohl bey Klagen unter denselben, als bey Klagen unter verschiedenen Personen.

Unter denselben Personen erscheint dieses Verhält-

(b) *L.* 43 *pr. eod.*

(c) Der hier von Ulpian bemerkte Gegensatz zwischen den Rechtsmitteln des Beklagten und des Klägers ist insofern mehr scheinbar als wahr, daß auch der Beklagte durch die verschiedensten Vertheidigungsmittel seinen Zweck (die Lossprechung) doch immer nur einmal erreichen kann, eben so wie der Kläger, welcher mehrere concurrirende Klagen hat. Darin aber ist allerdings zwischen Beiden ein praktischer Unterschied, daß der Kläger, wenn er mit einer der concurrirenden Klagen abgewiesen ist, nicht mehr die andere gebrauchen kann, anstatt daß der Beklagte alle Vertheidigungen zugleich vorbringt, wobey es ihm nicht schadet, wenn die meisten als ungegründet verworfen werden, und nur eine als richtig anerkannt wird.

(d) *L.* 5 *de exc. rei jud.* (44. 2.). „De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat ... Recteque ita definietur, eum demum de (eadem) re non agere, qui proraus *rem ipsam non persequitur*" ....

niß beſonders in den vielen und mannichfaltigen Fällen, worin eine Condiction (gewöhnlich die Condictio furtiva) mit einer bonae fidei actio concurrirt, indem die beiden Umſtände zuſammen treffen, daß Einer einen Contract unerfüllt gelaſſen, daneben aber ſich aus dem Vermögen des Andern ohne Grund bereichert hat (e). In allen ſolchen Fällen kann auf dieſe unrechtmäßige Bereicherung ſowohl mit einer Condiction, als aus dem geſchloſſenen Contracte, geklagt werden; iſt aber der Zweck durch die eine dieſer Klagen erreicht, ſo iſt dadurch die andere abſorbirt. Dieſe Concurrenz mit einer Condiction wird für folgende Contractsklagen bemerkt, ſtets mit der Beſtimmung, daß nur eine der concurrirenden Klagen wirklich gebraucht werden könne:

1) Pro socio, mandati, negotiorum gestorum (f).

2) Locati (g).

3) Commodati (h).

Eben dahin aber gehören auch noch folgende Fälle der Concurrenz:

4) Condictio furtiva mit der Vindication (i).

(e) Vgl. hierüber Beylage XIV. Num. VI.

(f) *L.* 45. 47 *pr. pro soc.* (17. 2.).

(g) *L.* 35 § 1 *loc.* (19. 2.), *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.).

(h) *L.* 34 § 1 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 71 *pr. de furtis.* In dieſer letzten Stelle iſt unter furti actio die condictio furtiva zu verſtehen (alſo furti *condictitia* actio), in welcher Bedeutung derſelbe Ausdruck auch in folgenden Stellen vorkommt: *L.* 14 § 16 *de furtis* (47. 2.), *L. un. C. quando civ. actio* (9. 31.), Paulus II. 31 § 34. Vgl. Cujacius obs. XVII. 12, Donellus § 15.

(i) *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.).

5) Desgleichen mit der a. rationibus distrahendis (k).

6) Tutelae und rationibus distrahendis (l).

7) Communi dividundo und pro socio, wegen der Früchte und Auslagen (m).

8) Doli und quod metus causa (n).

Es ist aber zu bemerken, daß die hier erwähnten Fälle der Concurrenz nicht immer zu dieser ersten Klasse, sondern oft zu der zweyten gehören, so daß ihre Behandlung stets von den zufälligen Umständen des einzelnen Falles abhängt. Wenn nämlich der Gegenstand beider Klagen genau denselben Umfang hat, so gehört dieser Fall zur ersten Klasse (o); eben so wenn die umfassendere Klage zuerst mit Erfolg angestellt worden ist (p). Wurde dagegen die beschränktere Klage zuerst angestellt, so gehört der Fall

(k) *L.* 2 § 1 *tutelae* (27. 3.), *L.* 55 § 1 *in f. de administr.* (26. 7.).

(l) *L.* 1 § 21 *tutelae* (27. 3.). Die Stelle geht allerdings in ihrem ursprünglichen Sinn auf die Prozeßconsumtion, im Justinianischen Recht muß sie auf dieselbe Weise, wie die übrigen hier zusammengestellten Fälle der Concurrenz, gedeutet werden, d. h. man muß zu der Anstellung der Klage auch noch den Erfolg hinzu denken. Vgl. über diese Stelle Ribbentrop S. 56—58, ferner über das Verhältniß der beiden genannten Klagen zu einander, oben § 212, und über die Behandlung der angeführten Stelle im neuesten Recht unten § 235. g.

(m) *L.* 38 § 1 *pro soc.* (17. 2.).

(n) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.). Der Widerspruch dieser Stelle mit *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.), woran sich Viele versucht haben, gehört nicht hierher.

(o) So z. B. wenn der Miether eines Pferdes dasselbe gestohlen hat, und aus dem Miethcontract gerade nichts Anderes schuldig ist, als den Ersatz für das Pferd, worauf auch die condictio furtiva geht.

(p) So wenn in dem in der Note o. erwähnten Fall auch noch Miethgeld rückständig ist, und durch die zuerst angestellte actio locati Ersatz und Miethgeld zugleich erlangt wurde.

unter die zweyte Klaſſe, indem die noch übrige Klage auf denjenigen Theil des Gegenſtandes angeſtellt werden kann, welchen der Kläger durch die erſte Klage noch nicht erlangt hat (q).

Reiner und entſchiedener in dieſer Hinſicht erſcheint dieſe Concurrenz bey ſolchen Klagen, die unter verſchiedenen Perſonen beſtehen (r), indem hier die Gegenſtände der einzelnen Klagen meiſt völlig congruent ſind. Dieſe Fälle erſcheinen in verſchiedenen Graden der Verwandſchaft der Klagen unter einander, welche ſich in folgender Abſtufung darſtellen laſſen (s):

A) Identität der Obligation, ſo daß wahrhaft eine und dieſelbe Obligation mehrere Glaubiger oder Schuldner zugleich umfaßt (t). Dieſe Identität konnte bey den Römern auf dreyerley Weiſe, und nur auf dieſe, willkührlich hervorgebracht werden. Erſtlich bey einer von Mehreren gemeinſchaftlich und für daſſelbe Object geſchloſſenen Stipulation (duo rei), wohin auch der Fall der fidejussio gehört. Zweytens bey jedem anderen gemeinſchaftlichen Contract, wobey Jeder genau für Daſſelbe

(q) So wenn in dem vorigen Fall (Note p.) zuerſt die condictio furtiva auf den bloßen Erſatz angeſtellt worden iſt. Die actio locati kann noch immer auf das Miethgeld angeſtellt werden, ſo daß nun der Fall zu der zweyten Klaſſe der Concurrenz gehört.

(r) Es ſind Dieſes alſo Fälle, worin der Concurs, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, ein ſubjectiver iſt.

(s) Ribbentrop S. 83. 258, in welcher Schrift dieſe Fälle überhaupt auf ſehr befriedigende Weiſe abgehandelt ſind.

(t) Ribbentrop S. 106. 110. 117. 170—178. 258. — In dieſen Fällen hatten beide Klagen eine und dieſelbe Intentio.

wie jeder Andere (alſo auch für die verletzenden Handlungen dieſes Andern) ſich verpflichtet (u). Drittens durch Teſtament. Für das heutige Recht verſchwindet der erſte Fall, ſo daß alſo jetzt die Annahme eines ſolchen Rechtsverhältniſſes ſtets von der Auslegung der Verträge abhängt, anſtatt daß bey den Römern die wichtigſten Fälle dieſer Art durch die hergebrachten Formen der Stipulation völlig außer Zweifel geſetzt waren. — Dieſelbe Identität aber entſteht auch ohne eine hierauf gerichtete beſondere Willkühr, in den Fällen der actio exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso, quod jussu, indem hier ſtets die Obligation des Unternehmers, des Vaters u. ſ. w. mit der Obligation des Aufſehers oder des Sohnes völlig identiſch iſt (v).

B) Bloße Solidarität (w). Wenn Mehrere gemeinſchaftlich ein Delict begehen, ſo macht ſich Jeder des ganzen, vollſtändigen Delicts ſchuldig. Jeder alſo iſt für ſich ſelbſt Schuldner, und man kann nicht, wie bey den Correis, ſagen, daß eine und dieſelbe Obligation ſich auf Mehrere beziehe. Da aber der erlittene Schade nur ein einfaches Daſeyn hat, ſo iſt der Betrag der einzelnen Schulden von gleicher Größe; und da durch den einmal geleiſteten Erſatz das Daſeyn des Schadens vernichtet iſt, ſo muß die von Einem geleiſtete Zahlung die Übrigen be-

(u) *L.* 9 *de duobus reis* (45. 2.). 420. fg.

(v) Keller Litiscontestation S. 90. 121.

(w) Ribbentrop S. 44. 56.

freyen (§ 211. c.). Daſſelbe Verhältniß findet ſich oft zwiſchen Mitvormündern; ferner zwiſchen Mehreren, die gemeinſchaftlich eine Sache als Commodat oder Depoſitum empfangen haben, ohne ſich zu der unter A) erwähnten vollſtändigen Identität der Leiſtung zu verpflichten (x).

C) Endlich giebt es noch einen Fall, worin nicht einmal wahre Solidarität vorhanden iſt, und welcher daher nur eine einſeitige und beſchränkte Concurrenz in ſich ſchließt. Wenn nämlich Bürgſchaft in Form eines Mandats geleiſtet wird, ſo erlangt dadurch der Gläubiger gleichfalls zwey Schuldner, an welche er ſich halten kann. Klagt er nun gegen den Hauptſchuldner, und erlangt von dieſem Bezahlung, ſo wird der mandator frey, weil die Mandatsklage kein Object mehr hat; dagegen befreyt die gegen den mandator erzwungene Zahlung den Hauptſchuldner nicht (y).

§. 233.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Zweyte Klaſſe von Klagen. Partielle Concurrenz.

Zweyte Klaſſe. Partielle Concurrenz. Hier kann die zweyte Klage zwar noch angeſtellt werden, jedoch nur entweder mit Abrechnung der ſchon erlangten Summe, oder auch nach Rückgabe derſelben. Es läßt ſich Dieſes

(x) *L.* 1 § 43 *depositi* (16. 3.), *L.* 9, 22 *eod.*, *L.* 5 § 15 *commod.* (13. 6.).

(y) *L.* 28 *mandati* (17. 1.). Ribbentrop S. 84.

auf verschiedene Weise denken; bald indem die zweyte Klage manche Gegenstände umfaßt, die in der ersten gar nicht vorkommen konnten (§ 232. q.); bald indem sie zufällige Nebenvortheile mit sich führt, z. B. durch eine besondere Art der Schätzung (a); bald indem sie, als mixta actio, auf Entschädigung und Strafe zugleich geht, anstatt daß durch die erste blos die Entschädigung erlangt wurde (b). Schon oben aber ist bemerkt worden, daß es bey vielen Klagen von den zufälligen Umständen jedes einzelnen Falls abhängt, ob ihre Concurrenz unter die erste oder zweyte Klasse gehört (§ 232. o. p. q.).

Das Princip dieser Klasse ist in folgender Stelle des Paulus ausgesprochen, deren Sinn ganz unzweifelhaft ist, wenngleich ein Theil derselben augenscheinlich durch eine falsche Lesart verdunkelt wird (c):

> Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat:* si tantundem, aut minus, id consequatur.

Schlösse die Stelle mit den hier cursiv gedruckten Wor-

(a) Vgl. unten Note i.

(b) Ist eine Sache geraubt worden, so kann zuerst mit der condictio furtiva die Entschädigung eingeklagt werden; dann ist noch immer die a. vi bonorum raptorum übrig, (*L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* 47. 8), aber freylich nicht mehr auf Entschädigung, sondern auf den dreyfachen Werth als Strafe. — Eben so, wenn erst die Contractsklage, nachher die a. L. Aquiliae angestellt wird, welche letzte durch die Art der Schätzung eine Strafe in sich schließen kann. Von diesem Fall wird unten ausführlich gehandelt werden.

(c) *L.* 41 § 1 *de O. et A.* (44. 7.) aus Paulus lib. 22 ad ed.

ten, ſo bliebe kein Zweifel über den Inhalt möglich; aus dieſen Worten aber folgt zugleich der Inhalt der Schlußworte mit ſolcher Nothwendigkeit, daß eine Berichtigung des Textes derſelben von jeher als unvermeidlich anerkannt, und ſelbſt von Denjenigen gebilligt worden iſt, welche außerdem die größte Abneigung gegen Emendationen haben. Die dem Sinne nach einfachſte Veränderung beſteht darin, daß anſtatt *id* consequatur geleſen wird *nihil* (oder nil) consequatur (d). Näher an den handſchriftlichen Text ſchließt ſich dieſe Verbeſſerung an: id *non* sequatur (e). Der Erfolg beider Verbeſſerungen iſt völlig derſelbe. — Daß nun Paulus gerade den hier aufgeſtellten Grundſatz ausdrücken will, iſt ganz unverkennbar. Das Weſen deſſelben führt aber darauf, als Bedingung das (ganz oder theilweiſe) gemeinſchaftliche Object der beiden Klagen anzuſehen, da nur unter dieſer Vorausſetzung conſequenterweiſe von einem plus oder minus oder tantundem die Rede ſeyn kann. Paulus jedoch drückt als Bedingung nicht das gemeinſame Object aus, ſondern den gemeinſamen Entſtehungsgrund (ex eodem facto), der zwar häufig auch vorhanden, aber doch ganz unentſcheidend iſt (§. 231). Dieſer unrichtige Geſichtspunkt, unter welchen er den Grundſatz brachte, hatte die üble Folge, daß er ihn nicht

(d) Cujacius observ. III. 25.

(e) Pagenstecher admonitoria ad Pand. P. 6 § 289. Es wird dann nur ein einziger Buchſtab verändert. Man kann aber auch noch eine Art von Gemination damit verbinden, und leſen: id *non* consequatur, wodurch der Ausdruck der Stelle ungezwungner wird.

blos bey den hier angegebenen Klagen anwendete, wohin er in der That gehört, sondern auch bey verschiedenen Strafklagen aus demselben Delict, wohin er nicht gehört. Von diesem Irrthum wird noch unten an seinem Orte die Rede seyn (§ 234.). Die Wurzel desselben aber mußte gleich hier nachgewiesen werden.

Sichere Anwendungen dieses Grundsatzes finden sich in folgenden Fällen.

Es wird zuerst die a. communi dividundo angestellt, dann pro socio. Diese letzte ist zulässig, aber nur mit Abrechnung Desjenigen, was der Kläger durch die erste Klage schon erlangt hat (f).

Nach der condictio furtiva gilt die a. pro socio nur insofern sie ein anderes, und daher höheres, Interesse verfolgt, als Das welches aus dem Diebstahl entsprang (g).

Ist der Nebenvertrag bey einem Verkauf durch eine Conventionalstrafe verstärkt, so gilt die a. venditi und die Stipulationsklage. Ist aber die erste schon gebraucht, so gilt die zweyte nur dann, wenn die Strafe mehr beträgt als das schon erlangte Interesse; umgekehrt gilt die a. venditi nur, wenn das Interesse mehr beträgt, als die eingeklagte Strafe; in beiden Fällen also nur auf den Überschuß (h).

(f) *L.* 43 *pro soc.* (17. 2.) „.. *hoc minus* ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est."

(g) *L.* 47 *pr. pro soc.* (17. 2.). „Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, *nisi si pluris mea intersit.*"

(h) *L.* 28 *de act. emti* (19. 1.).

Wenn der Beſtohlene mit der condictio furtiva Entſchädigung erhalten hat, ſo kann er doch noch die Sache von dem Diebe vindiciren; jedoch nur wenn er zurück zahlt, was er durch die Condiction erlangt hat. Nun muß der Dieb die Sache in Natur zurück geben, und wenn er Dieſes verweigert, das jusjurandum in litem erdulden (i).

Die häufigſten und mannichfaltigſten Anwendungen finden ſich bey der a. L. Aquiliae, die mit einer Contractsklage concurrirt. Wenn der Miether, der Commodatar u. ſ. w. die Sache zerſtört oder verdirbt, ſo hat der Eigenthümer gegen ihn die beiden eben genannten Klagen. Da aber jede derſelben zunächſt und hauptſächlich auf Entſchädigung geht, ſo wird meiſt die eine durch die andere abſorbirt werden. Indeſſen kann zufällig die a. L. Aquiliae einträglicher ſeyn, wegen der bey ihr eintretenden künſtlichen Schätzung. Iſt daher die Contractsklage zuerſt angeſtellt, ſo führt die conſequente Anwendung unſres Grundſatzes darauf, daß die a. L. Aquiliae noch immer angeſtellt werden darf, jedoch nur auf die aus der künſtlichen Schätzung hervorgehende Differenz, die eigentlich eine Strafe iſt. Der einzige Zweifel könnte etwa daraus entnommen werden, daß dieſer Strafzuſatz nicht, wie bey

(i) *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.). „. . quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restituetur ei homo: quanti in litem juraset, damnaretur ei possessor."

manchen anderen Strafklagen, in einer abgesonderten Summe besteht, sondern in einer erhöhten Schätzung des Schadens, weshalb man sie für untrennbar verbunden mit der Entschädigung selbst halten könnte. Allein dieses Bedenken verschwindet völlig, wenn man erwägt, daß der Zweck durch bloße Abrechnung der geringeren (schon bezahlten) Geldsumme von der größeren leicht und sicher erreicht werden kann, welches Mittel auch in den übrigen, schon angeführten, Fällen in der That angewendet wird (Note f. g. h.). — In unsren Rechtsquellen nun finden wir über die hier aufgestellte Frage folgende Äußerungen. Viele Stellen sagen ganz allgemein, in solchen Fällen werde jede der beiden Klagen von der andern absorbirt, so daß also überhaupt nur eine derselben gebraucht werden könne; damit scheint also die Anwendung unsres Grundsatzes auf diese Fälle verneint zu werden. Stellen solcher Art finden sich von Ulpian (k), von Paulus (l), und von Gajus (m). Indessen lassen sich diese Stellen auch so verstehen, daß sie blos von dem gewöhnlichsten Fall reden wollen, worin die Aquilische Klage gerade keinen höheren Ertrag giebt, als die Contractsklage, weil die künstliche Schätzung auf keine höhere Geldsumme führt. Die Richtigkeit dieser Auslegung folgt unwiderſprechlich aus eini-

(k) *L.* 27 § 11 *ad L. Aqu.* (9. 2.), *L.* 13 *de rei vind.* (6. 1.).

(l) *L.* 36 § 2 *de her. pet.* (5. 3.), *L.* 18 *ad L. Aqu.* (9. 2.), *L.* 50 *pr. pro soc.* (17. 2.), *L.* 43 *loc.* (19. 2.).

(m) *L.* 18 § 1 *comm.* (13. 6.). In ähnlichen Ausdrücken redet Derselbe von der Concurrenz der a. locati mit der a. arborum furtim caesarum. *L.* 9 *arb. furtim caes.* (47. 7.).

gen Stellen gerade derſelben Juriſten, worin ſie die Anwendung unſres Grundſatzes auch auf die Aquilliſche Klage ausdrücklich anerkennen, und zwar zum Theil in Ausdrücken, worin dieſe Anwendung als die ſeltner vorkommende, leicht überſehene, gewöhnlich nicht erwähnte (alſo auch nicht durch bloßes Stillſchweigen verneinte) bezeichnet wird.

So ſagt Ulpian, indem er ſich auf Pomponius beruft, wenn der Dieb den geſtohlenen Sklaven getödtet habe, könne zuerſt die condictio furtiva, nachher die Aquiliſche Klage gebraucht werden, weil dieſe durch ihre höhere Schätzung einträglicher ſeyn könne (n). Noch entſcheidender aber iſt eine Stelle deſſelben Ulpian über die Concurrenz der a. commodati mit der Aquilliſchen Klage. Anfangs ſagt er in eben ſo allgemeinen Ausdrücken, wie in den oben angeführten Stellen (Note k), jede dieſer Klagen werde durch die andere abſorbirt; dann aber fügt er berichtigend hinzu: man möchte denn ſagen wollen, die Aquiliſche Klage könne noch immer auf die Differenz angeſtellt werden, und Dieſes ſey auch in der That das Richtige (o).

(n) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). „ ... Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus."

(o) *L.* 7 § 1 *commod.* (12. 6.). „ ... nisi forte quis dixerit, agendo eum e L. Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex

Ganz in demſelben Sinn wird dieſe Frage behandelt in einer Stelle des Paulus, die jedoch theils weniger deutlich, theils durch kritiſche Schwierigkeiten verdunkelt iſt. Es iſt die Rede von einem Commodat an Kleidungsſtücken, die der Commodatar zerriſſen hat; darüber drückt ſich Paulus alſo aus (p):

> et quidem post legis Aquiliae actionem, utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliae remaneat *in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est*, dubitatur. Sed verius est remanere (q), quia simplo accedit, et simplo subducto locum non (r) habet.

Nach den letzten, ſehr dunklen Worten könnte man glauben, Paulus habe ſich den oben angeregten Bedenken hingegeben, daß der Zuſatz der Aquiliſchen Klage von ihrem Hauptinhalt ganz untrennbar ſey, und er habe deswegen die Aquiliſche Klage gänzlich verſagt; dann müßte

causa commodati consecutus est: *quod videtur habere rationem*"

(p) *L.* 34 § 2 *in f. de O. et A.* (44. 7.) aus Paulus lib. sing. de concurrentibus actionibus.

(q) Glossa Accursii: „alias *non*, alias *sine non*." Beide Leſearten alſo haben alte Beglaubigung; die zweyte, die oben im Text ſteht, iſt die Florentiniſche. — *Non* remanere las auch eine alte Handſchrift der Leipziger Rathsbibliothek, welche an Haubold verliehen war, und aus Verſehen mit deſſen Bibliothek nach Åbo geſchickt wurde, wo ſie mit der übrigen Bibliothek verbrannt iſt.

(r) Dieſe Leſeart findet ſich in allen bekannten Handſchriften. Zwar ſteht am Rande der Ausgabe des Bandoza: „in quibusdam deest haec etiam negatio," allein Dieſes iſt kein ganz zuverläſſiges Zeugniß. — Cujacius observ. III. 25 bemerkt blos, das non müſſe entweder in beiden Sätzen ſtehen, oder in beiden fehlen, welches letzte er vorzieht.

man die, allerdings durch Handſchriften beglaubigte, Leſeart *non* remanere als richtig annehmen. Allein zwey Gründe ſtehen dieſem Reſultat, und der damit verbundenen Leſeart, entgegen. Erſtlich das im Anfang des gegenwärtigen Paragraphen (Note c) angegebene, von Paulus aufgeſtellte Princip, welches er ſo feſthält, daß er es auch da anwendet, wohin es nicht gehört; zweytens, daß Paulus wenige Zeilen vor unſrer Stelle die Aquiliſche Klage hinter der Injurienklage in id quod amplius competit gelten läßt, welches alſo auf dieſelbe Weiſe auch hinter der commodati actio möglich und richtig ſeyn muß. — Die einfachſte Art, dieſen Sinn zu retten, beſteht darin, daß man, nach dem Vorſchlag des Cujacius, und nach einer, wenn auch zweydeutigen, handſchriftlichen Autorität (Note r), die Leſeart: locum habet (ohne non) annimmt. Nun iſt der Sinn dieſer: „die Aquiliſche Klage gilt auch jetzt noch, weil ihr Erfolg (möglicherweiſe) über das Simplum hinausgeht, ſo daß dann die Klage, auch nach Abzug des ſchon bezahlten Simplum, noch immer ein Object hat, für welches ſie denn auch wirklich zuläſſig iſt.“ — Indeſſen kann man verſuchen, auch die vollſtändige Florentiniſche Leſeart durch folgende, den Gedanken ergänzende, Paraphraſe zu erhalten: „Die Aquiliſche Klage bleibt übrig, aber nicht blos, wie es in der Frage ausgedrückt war, für das amplius, ſondern ganz (alſo remanere für *integram* remanere), weil nämlich das amplius in der Klage nur als ein Zuſatz zu dem Simplum er-

ſcheint, alſo, wenn man das Simplum aus der Klage weglaſſen wollte (simplo subducto), auch das amplius nicht als Inhalt einer Klage möglich iſt (locum non habet)." Nach dieſer Wendung würde ſich die Stelle auf die Faſſung der formula beziehen, deren Intentio freylich nie auf das amplius, ſondern nur auf damnum decidi oportere, alſo auf das Simplum und die Straferhöhung zugleich, gerichtet ſeyn konnte. Im Hintergrund läge dann der (nicht ausgedrückte) Gedanke, daß die Verfolgung des ſchon erhaltenen Simplum, durch eine doli exceptio, per Praetorem inhibenda est, wie es im princ. für einen ähnlichen Fall geſagt iſt (s). — Das Reſultat beider Erklärungen iſt völlig daſſelbe, allerdings aber empfiehlt ſich die erſte (wenn man einmal die Emendation locum habet zulaſſen will) durch größere Einfachheit.

(s) Dieſe Erklärung findet ſich bey A. O. Krug de condictione furtiva Lips. 1830. p. 66. Dem Gedanken nach übereinſtimmend, aber mit ganz entgegengeſetztem Text, iſt die Erklärung des Donellus § 17; dieſer lieſt *non* remanere und locum *non* habet, und erklärt ſo, daß die Klage auf das bloße amplius nicht gelte (non remanere), weil eben nur auf das Ganze geklagt werden könnte. Im Hintergrund liegt nun der (nicht ausgedrückte) Gedanke, die Klage auf das Ganze (Simplum und amplius) ſey wirklich zuläſſig, werde aber durch doli exceptio auf das amplius beſchränkt. — Gezwungener und weniger befriedigend iſt die Erklärung, die ſich bey Thibaut S. 191 und Anderen findet, und zu deren Unterſtützung noch einigermaßen die Emendation *etsi* simplo für et simplo dienen kann. Vgl. Schulting notae in Digesta, L. cit.

§. 234.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Dritte Klaſſe von Klagen. Keine Concurrenz.

Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz.

In allen Fällen dieſer Klaſſe kann die zweyte Klage ganz und mit vollſtändiger Wirkung angeſtellt werden, obgleich die erſte Klage ſchon mit vollem Erfolg gebraucht worden iſt.

Da dieſe Klaſſe einen blos negativen Charakter hat, ſo können dahin unzählige Fälle gerechnet werden, welche hier zu erwähnen Niemand den Gedanken haben wird; namentlich alle gleichzeitig unter verſchiedenen Perſonen beſtehende Klagen aus ganz verſchiedenen Rechtsgeſchäften. Wenn alſo hier manche Fälle noch beſonders erwähnt werden ſollen, ſo kann Dieſes nur bey ſolchen Bedürfniß ſeyn, worin der täuſchende Schein einer Concurrenz vorhanden iſt, welcher daher weggeräumt werden ſoll. Es werden dahin ſolche Klagen gerechnet werden müſſen, die einen gemeinſamen Entſtehungsgrund haben, unter denſelben Perſonen beſtehen, oder denſelben Namen führen, bey welchen aber dennoch eine Concurrenz nicht anzunehmen iſt, weil ihnen ein gemeinſchaftliches Object fehlt (§ 231).

A) Dahin gehört zuerſt der Fall eines Delicts, woraus neben einer Entſchädigungsklage eine reine Strafklage entſpringt. Beide Klagen ſind von einander ganz unabhängig.

So die condictio furtiva und die furti actio aus demselben Diebstahl, deren gegenseitige Unabhängigkeit stets unbestritten war (a). Eben so, nach der richtigeren Betrachtung, die Injurienklage und die Aquilische Klage, wenn ein Sklave durch Schläge hart mishandelt war. Darin lag eine Injurie gegen den Herrn, und eine Beschädigung des Eigenthums, die Injurienklage verfolgte eine Strafe, die Aquilische den Schadensersatz (b).

Es liegt also hierin dasselbe Princip, wie bey den gemischten Pönalklagen. Die actio vi bonorum raptorum geht auf den einfachen Ersatz, und daneben, auf den dreyfachen Werth als Strafe (c). Wie hier durch eine und dieselbe Klage die Strafe noch außer der Entschädigung gefordert wird, so in jenen Fällen durch verschiedene Klagen.

B) Die Injurie gegen eine Ehefrau ist zugleich eine Injurie gegen den Mann. Hier entstehen aus derselben Handlung zwey gleichnamige Strafklagen, deren jede von

(a) *L.* 7 § 1 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 45. 46. 47 *pr. pro soc.* (17. 2.), *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 54 § 3 *de furtis* (47. 2.).

(b) *L.* 15 § 46 *de injur.* (47. 10.). So war es unbestritten, wenn man in der Aquilischen Klage die Entschädigung als das Überwiegende betrachtete. Paulus freylich sieht sie in *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.) vorzugsweise als Strafklage an, und wendet daher auf diesen Fall ganz unpassender Weise das Princip des bloßen amplius in der zweyten Klage an. Nach Ulpians Meynung kann auch diese Betrachtungsweise kein anderes Resultat geben, wie sich unten in diesem §. zeigen wird.

(c) *pr. J. de vi bon. rapt.* (4. 2.). — Unter den früheren Juristen freylich hatten Manche behauptet, das Vierfache sey hier reine Strafe. Gajus IV. § 8.

dem Erfolg der andern ganz unabhängig iſt (d). Die Beſtrafung jedes dieſer zwey Delicte iſt ein für ſich beſtehendes Object.

C) Wenn Mehrere zugleich ſtehlen, ſo begeht Jeder den ganzen, vollen Diebſtahl, und der Umſtand, daß ihm Andere dabey helfen, verändert oder vermindert die Strafbarkeit ſeiner Handlung nicht. Daher geht gegen Jeden die furti actio auf die volle Strafe, wenngleich die Übrigen ihre Strafe ſchon gezahlt haben, weil die Beſtrafung eines jeden dieſer Delicte ein ſelbſtſtändiges Object iſt (§ 211. b.).

D) Wenn Mehrere einen Sklaven gleichzeitig tödten, ſo daß man nicht ſagen kann, welcher vorzugsweiſe der Thäter ſey, ſo ſoll Jeder den vollen Betrag der Aquiliſchen Klage zahlen, wie wenn er allein gehandelt hätte; hierin ſtimmten die Römiſchen Juriſten von alter Zeit her überein (d[1]). Auf den erſten Blick möchte man geneigt ſeyn, hierin blos eine falſch angewendete Analogie der furti actio anzunehmen, indem es ſcheint, die reine Entſchädigung dürfe nur einmal gefordert werden, die Straferhöhung habe jeder Thäter ganz zu zahlen. Allein durch folgende Betrachtung läßt ſich jene Entſcheidung der alten

(d) *L.* 1 § 9 *de injur.* (47. 10.) (Ulpian), *L.* 18 *eod.* (Paulus) *L.* 41 *eod.* (Neratius).

(d[1]) *L.* 51 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Idque est consequens *auctoritati veterum:* qui cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cujus ictu perisset, *omnes lege Aquilia teneri judicaverunt.*" *L.* 11 § 2 *eod.*. Die erſte Stelle iſt von Julian, die zweyte von Ulpian, der ſich dabey auf Julian beruft.

Juriſten rechtfertigen. Das Geſetz erlaubt dem Beſchädigten, jeden einzelnen Thäter ſo zu behandeln, wie wenn ſeine Handlung nicht jetzt, ſondern in irgend einer vergangenen Zeit des letzten Jahres geſchehen wäre. Durch dieſe zugelaſſene Fiction kommt man mit jedem einzelnen Thäter auf einen Zeitpunkt, in welchem der Andere nicht zugleich handelte, ſo daß deshalb er den vollen Betrag unverkürzt zahlen muß.

E) Wenn eine geſtohlene Sache dem Diebe von einem anderen Diebe wieder entwendet wird, ſo hat Jeder derſelben den Herrn der Sache beſtohlen, welcher daher zwey von einander unabhängige furti actiones erwirbt (e).

F) Wenn dieſelbe Perſon an derſelben Sache mehrere Delicte zu verſchiedenen Zeiten begeht, ſo iſt gewiß die

(e) *L.* 76 § 1 *de furtis* (47. 2.). „ .... dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et condictionem: quia ex diversis factis tenentur." Zuerſt muß bemerkt werden, daß hier die Unabhängigkeit beider Klagen mit Recht nur für die furti actio, nicht für die Condiction, behauptet wird; denn wenn Ein Dieb die Entſchädigung bezahlt, wird auch hier der andere frey, eben ſo wie bey dem gemeinſchaftlichen Diebſtahl. Die Hauptſchwierigkeit liegt aber in den Schlußworten, da ja bey dem gemeinſchaftlichen Diebſtahl (idem factum) gleichfalls gegen jeden Dieb die Klage geht, und da beſonders bey jedem einfachen Diebſtahl die Condiction noch neben der furti actio beſteht, obgleich es gewiß idem factum iſt. Der Gegenſatz, den hier Pomponius ausſchließen will, iſt die fortwährende, wiederholte Contrectation von Seiten deſſelben Diebes. Dieſe gilt ſtets nur als idem factum, und es entſtehen daraus nie mehrere furti actiones oder mehrere Condictionen. Im Gegenſatz dieſes idem factum werden in unſrer Stelle die diversa facta als entſcheidend angegeben. Vgl. *L.* 9 *pr.* *L.* 67 § 2 *de furtis* (47. 2.). Ähnliches gilt bey damnum. *L.* 32 § 1 *L.* 48 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

Strafe eines jeden Delicts beſonders verwirkt, unabhängig von den übrigen Strafen (f). Auch die Entſchädigung für jedes einzelne Delict kann eine ganz ſelbſtſtändige Natur haben (g). Wenn jedoch die eine Entſchädigung ſchon den vollſtändigen Sachwerth umfaßt, ſo kann daneben nicht noch eine andere partielle Entſchädigung vorkommen (h). Nur macht auch hier wieder die Aquiliſche Klage durch ihre künſtliche Berechnung, worin eine Strafe enthalten ſeyn kann, eine Ausnahme (i).

G) Die in dieſem §. vorgetragenen Sätze waren größtentheils auch bey den Römiſchen Juriſten völlig unbeſtritten.

(f) *L.* 2 *pr.* § 1. 2. 4. 5. 6 *de priv. delictis* (47. 1.), *L.* 27 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2.).

(g) *L.* 32 § 1 *L.* 48 *ad L. Aquil.* (9. 2.). So z. B. wenn Jemand an demſelben Hauſe zuerſt Fenſter einſchlägt, und zu einer andern Zeit das Dach beſchädigt.

(h) Weil ſonſt durch die nur zur Entſchädigung beſtimmte Klage eine Bereicherung entſtehen würde; dieſes gilt beſonders auch, wenn mehrere mixtae actiones auf dieſe Weiſe entſtehen, für den in jeder derſelben enthaltenen blos perſecutoriſchen Theil. Mit Recht bemerkt Göſchen Vorleſungen I. 462. 463, die Worte der *L.* 2 *de priv. del.* (Note f) ſeyen großentheils ſo allgemein gefaßt, daß man ſie auch auf die Unabhängigkeit des perſecutoriſchen Theils beziehen könnte, ganz gegen die Abſicht Ulpians, wie Dieſes beſonders aus dem § 3 derſelben Stelle klar hervorgeht.

(i) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). Wird ein koſtbares Pferd zuerſt lahm geſchlagen (wodurch ſein Werth auf eine Kleinigkeit herab ſinken kann), und dann vor Ablauf eines Jahres getödtet, ſo muß der Thäter beynahe das Doppelte des urſprünglichen hohen Werthes bezahlen, weil das Intereſſe der Tödtung nach dem Werth zur Zeit des unverletzten Zuſtandes berechnet wird. — Ganz eben ſo iſt es nun auch, wenn Einer einen Sklaven tödlich verwundet, ſo daß er nicht gerettet werden kann, ſpäter ein Anderer ihn wirklich tödtet. Hier zahlt Jeder das Ganze als einziger Todtſchläger, nur mit etwas verſchiedener Zeitberechnung. *L.* 51 *pr.* § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), vgl. oben Note d'.

Dagegen hat der nun folgende Fall mehr Streit unter ihnen erregt, als irgend eine andere, die Klagenconcurrenz betreffende, Frage.

Eine einfache Handlung kann ſo beſchaffen ſeyn, daß verſchiedene Strafgeſetze durch ſie verletzt werden, ſo daß dieſelbe Handlung materiell als einfach, formell aber, durch ihre verſchiedenen Beziehungen, als mehrere Delicte in ſich ſchließend, zu betrachten iſt. Nach allgemeinen Grundſätzen müſſen wir in dieſem Fall jede wahre Concurrenz verneinen, alſo die vollſtändige Anwendung aller einzelnen Strafklagen neben einander behaupten. Denn das gleiche Object mehrerer Klagen, welches der einzige Grund wahrer Concurrenz iſt (§ 231), findet ſich hier nicht, da die Beſtrafung jedes einzelnen hier wirklich begangenen Delicts ein ganz eigenthümlicher, für ſich beſtehender Zweck iſt, alſo mit der durch mehrere Klagen zu verfolgenden Entſchädigung keine wahre Ähnlichkeit hat. Eine Beſtätigung dieſer Anſicht liegt auch darin, daß bey der Injurie gegen eine Ehefrau die unbeſchränkte Zuläſſigkeit mehrerer Strafklagen neben einander ganz allgemein anerkannt iſt (Note d); es macht aber für die Natur und Strafbarkeit der begangenen einfachen Handlung durchaus keinen Unterſchied, ob die in derſelben vereinigt enthaltenen Delicte gegen mehrere Perſonen, oder gegen eine einzige, begangen worden ſind (vgl. Note bb).

Wenn dennoch manche Römiſche Juriſten hierüber andere Anſichten haben, ſo liegt Dieſes an der häufigen,

aber ganz verwerflichen, Verwechslung des gleichen materiellen Entſtehungsgrundes mit dem gleichen Gegenſtand der Klagen (§ 231), wodurch ſie dann ferner verleitet worden ſind, für dieſen Fall eine Prozeßconſumtion anzunehmen, die darin in der That nicht begründet iſt; ferner wurden ſie getäuſcht durch die ſcheinbare Ähnlichkeit des Verhältniſſes, worin mehrere Strafklagen zu einander ſtehen, mit dem zwiſchen mehreren Entſchädigungsklagen; endlich auch durch die allerdings zweydeutige Natur der gemiſchten Strafklagen, deren beide Beſtandtheile jedoch ſtets mit Sicherheit unterſchieden werden können.

Über die wirklichen Meynungen der alten Juriſten haben wir folgende Nachrichten. Modeſtin behandelt dieſen Fall nach der für die erſte Klaſſe (§ 232) aufgeſtellten Regel, läßt alſo ſtets nur eine der mehreren Strafklagen zu. — Paulus behandelt ihn nach der Regel der zweyten Klaſſe (§ 233), geſtattet alſo, wenn eine Strafklage gebraucht iſt, auch noch eine zweyte, jedoch nur auf das amplius. — Papinian und Ulpian nehmen gar keine Concurrenz zwiſchen ſolchen Klagen an, laſſen alſo jeder derſelben ihre volle Wirkung auch neben den übrigen. Dieſelbe Meynung hat Hermogenian, der zugleich die ſpätere allgemeine Anerkennung derſelben berichtet.

I. Modeſtin. Seine Meynung kommt in keiner einzelnen Anwendung vor, ſondern blos in folgender allgemein ausgedrückten Regel (k):

(k) *L.* 53 *pr. de O. et A.* (44. 7.) aus Modestinus lib. 3 regularum.

Plura delicta *in una re* plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est: nam si *ex una obligatione* plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

Die Worte ex una re heißen offenbar so viel als ex eodem facto, wie der nachfolgende, abwechselnd gebrauchte, Ausdruck ex una obligatione zeigt, in welchem obligatio die sehr gewöhnliche Bedeutung der eine Obligation erzeugenden Handlung hat. Hier ist nun die Verwechslung des gemeinsamen Entstehungsgrundes mit dem gemeinsamen juristischen Object recht augenscheinlich. — Man könnte noch etwa glauben, Modestin habe sich nur zu allgemein ausgedrückt, und sey daneben nicht abgeneigt gewesen, so wie Paulus, eine zweyte Klage auf das amplius zuzulassen. Allein Paulus selbst erwähnt das Daseyn einer solchen extremen Meynung, wie sie hier dem Modestin zugeschrieben wird, die also seiner eigenen entgegengesetzt war (1). Modestin also hatte dieselbe ohne Zweifel von älteren Juristen angenommen, auf welche hier Paulus anspielt, ohne sie zu nennen.

II. Paulus. Es ist schon oben (§ 233) erwähnt worden, daß er den für die zweyte Klasse in der That geltenden Grundsatz, nach welchem jede noch übrige Klage

(1) *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). „.. sed quidam, altera *electa, alteram consumi;*" hier wird also geradezu die Prozeßconsumtion als Entscheidungsgrund angeführt. Es ist hier die Rede von der Injurienklage neben der Aquilischen, wegen eines schimpflich gepeitschten fremden Sklaven.

auf das amplius angeſtellt werden kann, in zu ausgedehnter Weiſe ausdrückt; er faßt ihn nämlich ſo allgemein, daß derſelbe auch auf die Strafklagen Anwendung findet, wohin er in Wahrheit nicht paßt.

Er hat aber dieſe ſeine Meynung nicht blos in jenem allgemeinen Princip ausgeſprochen, ſondern auch ganz conſequent in folgenden einzelnen Anwendungen durchgeführt.

1) Wenn ein fremder Sklave ſchimpflich gepeitſcht wird. Die Aquiliſche und die Injurienklage, jede von ihm auf das amplius noch nach der anderen zugelaſſen (m).

2) Wenn eine Sache geraubt wird, ſo liegt darin ein zweyfaches Delict: Raub und Diebſtahl. Nach der actio furti nec manifesti ſoll die a. vi bonorum raptorum noch gelten, aber nur auf das amplius (n).

3) Eben ſo bey abgehauenen Bäumen: die Aquiliſche Klage und die a. arborum furtim caesarum (o).

In einer andern Stelle ſoll er, wie man gewöhnlich annimmt, zwey Strafklagen vollſtändig neben einander gelten laſſen: die furti actio und die a. de rationibus distrahendis (p). Manche haben deshalb den Paulus als inconſequent getadelt, Andere haben eine Interpolation angenommen. Beides ohne Grund, da die eben angeführte Klage gegen den untreuen Vormund in der That nicht

(m) *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Es iſt dieſelbe Stelle, worin er daneben noch fremde Meynungen anführt (Note l.).

(n) *L.* 1 *vi bon. rapt.* (47. 8), *L.* 88 *de furtis* (47. 2.).

(o) *L.* 1 *arborum furtim caes.* (47. 7.), *L.* 11 *eod.*

(p) *L.* 2 § 1 *de tutelae* (27. 3.).

als Strafklage von den alten Juristen angesehen wird (§ 212).

III. Nach der richtigern Meynung, die auch bey den Römern zuletzt gesiegt hat, können alle Strafen neben einander unvermindert zur Anwendung kommen.

Papinian spricht diese Meynung in folgender Anwendung aus. Wenn eine fremde Sklavin stuprirt wird, so gilt die Aquilische, die Injurienklage, und die a. servi corrupti, und zwar alle neben einander (q).

Ulpian spricht diese Meynung theils als allgemeine Regel aus, theils in einzelnen Anwendungen. Als allgemeine Regel in folgenden zwey Stellen:

Nunquam actiones poenales *de eadem pecunia* concurrentes alia aliam consumit (r).

In dieser Stelle liegt der entschiedenste Widerspruch gegen die Meynung des Paulus über das amplius. Denn wenn die mehreren Strafklagen auf eadem pecunia (gleiche

(q) *L.* 6 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). „.. nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo." Göschen Vorlesungen I. S. 459 hält es für eine Eigenthümlichkeit gerade dieses schweren Vergehens, da auch das Interesse unverkürzt mehrmals bezahlt werden solle. Das Letzte wird indessen nicht gesagt, zwey dieser Klagen konnten auch wohl auf ein verschiedenartiges Interesse gehen (vgl. *L.* 11 § 2 *de servo corr.* 11. 3.), und das nec *parcendum* geht mehr auf eine Häufung der Strafen, als auf eine sonst ungewöhnliche mehrfache Entrichtung des Interesse. Die Worte in hujusmodi crimine sollen nicht ein besonders schweres Verbrechen bezeichnen (welches nach Römischen Begriffen in jener Handlung gar nicht enthalten war), sondern eben nur den Fall mehrerer Delicte, die in einer und derselben Handlung vereinigt sind.

(r) *L.* 60 *de O. et A.* (44. 7.) aus Ulpian. lib. 17 ad ed.

Summe) gehen, ſo muß jede derſelben durch den Gebrauch der andern, nach Paulus, völlig ausgeſchloſſen werden. — Der Ausdruck consumit könnte mit beſonderer Hinſicht auf die Prozeßconſumtion gewählt ſeyn, die alſo hier verneint werden ſollte, doch läßt ſich Dieſes mit Sicherheit nicht behaupten, da derſelbe Ausdruck auch die materielle Conſumtion, durch die vermittelſt der erſten Klage bewirkte Zahlung, bezeichnen kann (s).

Die zweyte Stelle lautet ſo:

Nunquam actiones, *praesertim* poenales, *de eadem re* concurrentes, alia aliam consumit (t).

Dieſe Stelle iſt, nach ihrem Wortlaut, der vorhergehenden ſo auffallend ähnlich, daß man auch den Sinn für völlig gleich halten möchte; und dennoch iſt dieſer ſehr verſchieden. Denn da ſie von allen Klagen ſpricht, nicht blos von den Strafklagen, ſo konnte Ulpian unmöglich ſagen wollen, daß dieſe, wenn ſie auf daſſelbe Object giengen, einander niemals conſumirten, da ja bey den Entſchädigungsklagen dieſer Art gerade das Gegentheil als Regel anzunehmen iſt (§ 232). Selbſt dadurch wird dieſem Bedenken nicht abgeholfen, wenn man etwa das vorzügliche Gewicht auf die Prozeßconſumtion legen wollte, die hier verneint werden ſollte, und auf welche das Wort

(s) Keller Litiscontestation S. 483. 494.

(t) *L.* 130 *de R. J.* (50. 17.), aus Ulpian. lib. 18 ad ed., alſo aus demſelben Werk wie die in der Note r. angeführte Stelle, und ſelbſt aus einem ganz nahe liegenden Abſchnitt dieſes Werks.

consumit bezogen werden könnte (u). Denn aus der Correalstipulation entstanden gerade zwey Klagen auf dasselbe Object, und bey ihr trat die Prozeßconsumtion ganz entschieden ein. Daher müssen die Worte: de eadem *re* erklärt werden von dem gemeinsamen Entstehungsgrund (wie ex eodem facto), und auch für diesen ist Ulpians Behauptung nur so zu verstehen, daß die gemeinsame Entstehung für sich allein niemals ein Grund der Prozeßconsumtion seyn soll (v). Nun liegt der nicht ausgedrückte Gedanke im Hintergrund: die folgende Klage werde nur ausgeschlossen bey gemeinsamem Object, und auch dabey sehr häufig nicht auf dem Wege der Prozeßconsumtion. Besonders bekommt durch diese Erklärung der Ausdruck *praesertim* poenales einen bestimmten und guten Sinn, denn von den Pönalklagen kann man sagen, daß stets eine noch nach der andern angestellt werden könne, und namentlich nie die Prozeßconsumtion eintrete, von den Entschädigungsklagen ist es nur theilweise wahr; dieser Unterschied beider Arten der Klagen wird durch das Wort praesertim angedeutet (w). — Es ist übrigens zu

(u) Die Unsicherheit dieser Beziehung ist schon bey der vorhergehenden Stelle bemerkt worden. Vgl. Keller Litiscontestation S. 483. 494.

(v) Die Worte de eadem re haben also hier einen ganz anderen Sinn, als in der oben §. 232 a. angeführten Stelle desselben Ulpian die Worte ejusdem rei *nomine*. Diese verschiedene Erklärung so ähnlich lautender Worte, wenn sie auch auf den ersten Blick auffallen mag, erscheint doch deswegen als durchaus nothwendig, weil Ulpian in beiden Stellen ganz entgegengesetzte Entscheidungen giebt.

(w) Die hier gegebene Erklärung findet sich im Wesentlichen

bemerken, daß die hier erklärte Stelle des Ulpian wörtlich in die Inſtitutionen aufgenommen worden iſt (x), und auch dieſer Umſtand kann zur Unterſtützung der Behauptung dienen, daß die von Ulpian über jene controverſe Frage vorgetragene Meynung zugleich als die in unſren Rechtsbüchern gebilligte anzuſehen iſt.

Die einzelnen Fälle, worin Ulpian die von ihm aufgeſtellte allgemeine Regel zur Anwendung bringt, ſind folgende:

1) Die Aquiliſche und die Injurienklage, wenn ein fremder Sklave gepeitſcht, oder eine fremde Sklavin ſtuprirt worden iſt (y).

2) Die a. vi bonorum raptorum neben der furti actio oder der Aquiliſchen Klage, wenn Sachen entweder geraubt, oder durch eine Bande (coactis hominibus) beſchädigt worden ſind (z).

ſchon bey Göſchen Vorleſungen I. S. 460.

(x) § 1 *J. si quadrupes* (4. 9.). Die Regel wird hier angeführt, um die Unabhängigkeit zweyer Klagen aus derſelben Thatſache zu begründen, unter welchen die eine auf Entſchädigung, die andere auf Strafe geht.

(y) *L.* 15 § 46 *de injur.* (47. 10.), *L.* 25 *eod.* — Weſentlich dieſelbe Meynung führt Paulus an in *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). „alii ... si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia.“ Daß die hier angeführten ungenannten Juriſten für den umgekehrten Fall, wenn die Aquiliſche Klage zuerſt angeſtellt war, die Injurienklage ganz verſagten, beruhte bey ihnen nicht auf einem Zweifel an dem Princip, ſondern auf einem ganz individuellen Bedenken wegen der Formel der Injurienklage, worin die Worte bonum et aequum ſtanden, von welchen Jene glaubten, daß ſie dem Gebrauch der Klage nach ſchon eingeklagter Entſchädigung im Wege ſtänden.

(z) Zwar die *L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* (47. 8) erwähnt nur die Coexiſtenz dieſer und noch anderer Klagen, ohne die Art ihrer Con-

3) Die furti actio und die Aquiliſche Klage, wenn einem Sklaven die Kleider geſtohlen wurden, und der Entkleidete vor Kälte geſtorben iſt (aa).

4) Die furti actio und a. servi corrupti, wenn Jemand einen fremden Sklaven zu einem Diebſtahl beredet (bb).

Hermogenian endlich erklärt ſich für die von Papinian und Ulpian vorgetragene Meynung in folgender Stelle (cc):

> Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.*

Ich ſehe dieſe Stelle als ganz entſcheidend, gleichſam als das letzte Wort der Juſtinianiſchen Geſetzgebung an;

currenz zu beſtimmen; allein *L.* 2 § 10 *eod.* ſagt ausdrücklich: „Ceterum neque furti actio, neque legis Aquiliae, *contributae sunt* in hoc edicto" ..., das heißt ihre Strafen gelten noch außer der durch dieſes Edict beſtimmten Strafe.

(aa) *L.* 14 § 1 *de praescriptis verbis* (19. 5.).

(bb) *L.* 11 §2 *de servo corrupto* (11. 3.). — Dieſer Fall kann wieder zu einer beſondern Unterſtützung der hier vertheidigten Meynung dienen. Ulpian ſcheint blos an den Fall zu denken, da der Diebſtahl gegen den eigenen Herrn des beredeten Sklaven begangen wird, ſo daß beide Klagen in demſelben Kläger vereinigt ſind. Iſt nun aber der Diebſtahl gegen einen Dritten begangen, ſo wird wohl Niemand zweifeln, daß die beiden Klagen von den zwey verſchiedenen Klägern unverkürzt angeſtellt werden können, eben ſo wie es bey den beiden Injurienklagen (Note d) von Allen eingeräumt wird. Was jedoch in dem Fall der zwey verſchiedenen Kläger gilt, kann nicht ohne augenſcheinliche Inconſequenz für den Fall deſſelben Klägers verſagt werden.

(cc) *L.* 32 *de O. et A.* (44. 7) aus Hermogenianus lib. 2 juris epitom.

nicht, weil Hermogenian der neueſte unter allen hier angeführten Juriſten iſt, welches an ſich nicht entſcheidend ſeyn würde, ſondern weil er die in den vorhergehenden Stellen dargeſtellte große Controverſe ſelbſt erwähnt (post magnas varietates), und nun die wichtige Thatſache hinzufügt, daß zuletzt die (von Ulpian vertheidigte) ſtrengere Meynung allgemein anerkannt worden ſey (obtinuit). Hermogenian erſcheint alſo hier nicht als eine einzelne Stimme über jene Frage abgebend, ſondern als die Thatſache jenes Streites und der Beendigung deſſelben erzählend. Indem wir nun dieſe Stelle mit den vielen, oben angeführten, großentheils widerſprechenden, Stellen, als ein Ganzes zuſammen faſſen, ſo erſcheint dieſer Fall als ein ſolcher, worin uns Juſtinian ein Stück Rechtsgeſchichte mittheilen wollte, indem er nicht nur die aus langem Streit als ſiegend hervorgegangene Regel in ſeine Sammlung aufnahm, ſondern auch die in früherer Zeit ſtreitenden Meynungen ſelbſt, in einer bedeutenden Zahl von Zeugniſſen darſtellte, woraus der Sinn der letzten Entſcheidung um ſo klarer hervortreten mußte. Demnach ſind die oben angeführten Stellen des Modeſtin und des Paulus blos als Mittel zu hiſtoriſcher Belehrung über die allmälige Entwicklung der vorliegenden Rechtsregel anzuſehen (dd).

(dd) Vgl. oben B. 1 § 44. s., wo dieſe Art der vereinigenden Auslegung als Princip aufgeſtellt iſt. — Eine etwas abweichende Meynung über die hier vorliegende beſondere Frage hat Göſchen Vorleſungen I. S. 456. 460. 461. Er legt der Stelle des Hermogenian nicht die Wichtigkeit bey, die ich ihr hier zuſchreibe, und hält es für ganz zweifelhaft, welche der beiden entgegengeſetzten Regeln

Die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Anſicht wird noch durch folgende Umſtände beſtätigt.

Einen der Fälle, worin Ulpian ſeine Meynung ausſprach (Note bb), nämlich die furti actio neben der a. servi corrupti, hat Juſtinian ſelbſt, und zwar völlig auf dieſelbe Weiſe wie Ulpian, entſchieden, nämlich dahin daß beide Klagen unverkürzt nach einander angeſtellt werden können (ee). Damit iſt alſo unverkennbar ausgedrückt, welche unter den früher ſtreitenden Meynungen Juſtinian ſelbſt als die richtige anſah.

Weſentlich dieſelbe Frage, wie bey den Privatſtrafen, kommt auch bey den öffentlichen Strafen vor, wenn dieſelbe Handlung das Weſen verſchiedener öffentlicher Verbrechen in ſich vereinigt. Hier nun iſt ganz entſchieden, und ſogar ohne Spur eines früheren Zweifels, die Regel aufgeſtellt, daß alle verwirkte Strafen neben einander angewendet werden ſollen (ff). Es würde aber eine augenſcheinliche Inconſequenz ſeyn, hierin für die öffentlichen Strafen eine andere Regel, als für die Privatſtrafen, gelten laſſen zu wollen.

man als wahre Regel anzuſehen habe. Wie man ſich aber auch hierüber entſcheide, ſo müßten doch die in entgegengeſetzten einzelnen Entſcheidungen in den Digeſten, als Ausnahmen neben der angenommenen Regel anerkannt werden. — Dieſes Letzte kann ich am Wenigſten einräumen, da keine einzige dieſer Stellen die Natur einer Ausnahme an ſich trägt, ſondern vielmehr jede nur dazu beſtimmt iſt, die von ihrem Verfaſſer angenommene Regel auf einen einzelnen Fall anzuwenden.

(ee) *L.* 20 *C. de furtis* (6. 2), § 8 *J. de oblig. ex delicto* (4. 1.).

(ff) *L.* 9 *C. de accus.* (9. 2.). Die Stelle iſt oben abgedruckt § 231. b.

Indeſſen muß doch zu der hier als richtig angenommenen Meynung folgende Beſchränkung hinzugefügt werden. Wenn zwey Klagen aus demſelben Delict neben einander vorkommen, deren jede aus Entſchädigung und Strafe gemiſcht iſt, ſo gilt die vollſtändige Cumulation nur für die in jeder enthaltene reine Strafe; die Entſchädigung dagegen, die durch die erſte Klage bereits bewirkt worden iſt, kann durch die zweyte nicht noch einmal gefordert werden. Dieſes gilt namentlich von dem bey Hermogenian erwähnten Fall, der Aquiliſchen Klage neben der a. arborum furtim caesarum; das Intereſſe braucht nur einmal bezahlt zu werden, aber die Straferhöhung kommt aus jeder der beiden Klagen vollſtändig zur Anwendung. Hermogenian hat Dieſes allerdings nicht ausgedrückt, es muß alſo ſeiner Regel die Einſchränkung hinzugefügt werden: *inſoweit jede dieſer mehreren Klagen auf reine Strafe geht.* Daß Papinian und Ulpian dieſe Einſchränkung nicht ausſprechen, erklärt ſich daraus, daß in den meiſten Colliſionsfällen zwey gemiſchte Klagen gar nicht vorkommen, indem die eine Klage (wie die Injurienklage und die furti actio) eine reine Strafklage iſt; zugleich auch daraus, daß ſie ihre Aufmerkſamkeit nur auf Dasjenige richteten, welches allein controvers geweſen war, nämlich die Cumulation mehrerer *Strafen.* Ulpian überdem deutet auf jene Einſchränkung vernehmlich genug hin, indem er in der beſtimmteſten Stelle (Note r) nur von actiones *poenales* ſpricht; und auch bey Hermogenian liegt eine

Hindeutung darauf in der Erwähnung der großen Streitigkeiten, die sich, so viel wir wissen, nur auf die Collision der Strafen bezog. — Die Richtigkeit der hier aufgestellten Beschränkung folgt nothwendig aus allem Demjenigen, was bey der ersten und zweyten Klasse über die Behandlung der wahren Concurrenz ausgeführt worden ist (§ 232. 233). Dort beruhte die totale oder partielle Ausschließung der nachfolgenden Klage nicht etwa auf einer positiven, aus bloßer Schonung entsprungenen, Vorschrift, sondern aus der natürlichen Regel, daß ein schon vergüteter Schade nicht mehr zu vergüten möglich ist, daß also eine wiederholte Bezahlung die der Entschädigung ganz fremde Natur einer Bereicherung, hier also zugleich einer Strafe, annehmen würde. Diese natürliche Regel aber kann nicht von der Anwendung durch den ganz zufälligen Umstand ausgeschlossen werden, daß manche Klagen neben der Entschädigung auch noch eine wahre Strafe verfolgen. Vielmehr muß alsdann jeder dieser beiden Bestandtheile der Klage nach der ihm eigenthümlichen Regel behandelt werden. Ganz entscheidend aber für die Richtigkeit der hier aufgestellten Behauptung scheint mir der Umstand, daß bey der Concurrenz der Aquilischen mit einer Contractsklage von allen alten Juristen ohne Ausnahme anerkannt wird, die Aquilische könne nach der andern Klage höchstens noch auf das amplius angestellt werden; so weit sie auf reine Entschädigung gehe, sey sie absorbirt (§ 233). Was sie nun für diesen Fall als unzwei-

felhaft anerkennen, müſſen ſie nothwendig auch gelten laſſen, bey der Concurrenz der Aquiliſchen Klage mit der a. vi bonorum raptorum oder arborum furtim caesarum, für denjenigen Beſtandtheil der beiden concurrirenden Klagen, welcher die reine Entſchädigung zum Gegenſtand hat. — In dieſer Einſchränkung liegt gewiſſermaßen eine Annäherung an die Meynung des Paulus, und zugleich eine neue Erklärung der Entſtehung dieſer Meynung. Indem nämlich Paulus bey ſeinen Gegnern dieſe Einſchränkung nicht ausgedrückt ſah, und doch das Bedürfniß derſelben empfand, kam er dahin, ſie nicht nur auszudrücken, ſondern nun auch zu übertreiben, indem er ſie ſelbſt auf die reine Strafe in zwey verſchiedenen Klagen anwendete, wohin ſie allerdings nicht gehört.

Der in dieſem §. abgehandelte Fall der Colliſion zwiſchen mehreren Strafgeſetzen darf nicht verwechſelt werden mit einer anderen Colliſion dieſer Art, die mit jener nur eine äußerliche Ähnlichkeit hat. Wir ſetzten hier voraus das vereinigte Daſeyn *mehrerer* Delicte in einer und derſelben materiellen Handlung. Nun kommt es aber auch häufig vor, daß für *daſſelbe* Vergehen oder Verbrechen mehrere Strafgeſetze aus verſchiedenen Zeiten vorhanden ſind, und es entſteht, eben ſo wie bey der Klagenconcurrenz, die Frage, ob die in jenen Geſetzen enthaltenen Strafen vereinigt werden ſollen, oder ob nur eine derſelben anzuwenden iſt. Das Princip, welches oben

für die Concurrenz aufgestellt wurde, paßt auf diesen Fall gar nicht, ja es läßt sich für denselben gar kein Princip aufstellen, da Alles auf den wahren Sinn des neuesten Strafgesetzes ankommt, welcher sehr verschieden seyn kann. Gewöhnlich wird das neueste Gesetz dazu bestimmt seyn, an die Stelle der früheren zu treten, und also allein zu gelten, so daß darin keine Collision mit älteren Gesetzen, sondern die Abschaffung derselben, enthalten ist. Dieser Fall wird vorausgesetzt in einem Senatsschluß, welcher verbot: ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret (gg); dasselbe kommt auch bey manchen Privatdelicten vor (hh). — Bey mehreren Privatdelicten erscheint dagegen der ganz andere Fall, daß späterhin auch eine Anklage auf öffentliche Strafe zugelassen wurde, jedoch so daß nicht beide Strafen zugleich gelten sollten, sondern nur eine derselben, und zwar nach der Wahl des Verletzten (ii). Dieses sehr zweckmäßige Wahlrecht wurde besonders gestattet bey dem Diebstahl (kk), und bey der Injurie (ll). —

(gg) *L.* 14 *de accus.* (48. 2), s. o. § 231. b.

(hh) Über körperliche Beschädigungen bestanden ältere Gesetze, die durch die Einführung der L. Aquilia aufgehoben wurden. *L* 1 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2.). — Das furtum manifestum wurde nach dem älteren Recht mit der Addiction bestraft; der Prätor führte eine Privatstrafe (des vierfachen Werthes) ein, und dadurch wurde jene harte Strafe aufgehoben. Gajus III. § 189. IV. § 111.

(ii) Im Allgemeinen spricht von diesem Wahlrecht *L.* 3 *de priv. delictis* (47. 1.).

(kk) *L.* 56 § 1 *L.* 92 *de furtis* (47. 2.).

(ll) § 10 *J. de injur.* (4. 4), *L.* 35. 45 *de injur.* (47. 10.). — Schon früher galt im Fall des libellus dasselbe Wahlrecht zwischen der Privatklage und dem für diesen Fall zulässigen publicum judicium. *L.* 6 *de injur.* (47. 10.).

Allein ganz allgemein war dieſes Wahlverhältniß zwiſchen öffentlicher und Privatſtrafe nicht; die Publicanen ſollten für ihre Delicte eine Privatſtrafe erleiden, und daneben ſollte noch eine öffentliche Strafe eintreten (mm).

§ 235.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Gemeinſame Betrachtungen.

Bisher iſt die Regel ausführlich dargeſtellt worden, daß, in den Fällen wahrer Concurrenz, eine früher gebrauchte Klage die ſpätere ausſchließt, und zwar bald ganz (§ 232), bald nur theilweiſe (§ 233). Es iſt nunmehr zu unterſuchen, Was eigentlich in der früheren Klage dieſe zerſtörende Kraft hat, und durch welche Rechtsformen der Zweck dieſer Zerſtörung bewirkt wird. Beides hatte im älteren Recht viele Verwicklungen und Schwierigkeiten, iſt aber im neueſten Recht ſehr einfach geworden.

Die erſte Frage iſt leicht zu beantworten aus dem oben für die Concurrenz aufgeſtellten Grundſatz, daß das ſchon Erlangte nicht mehr mit einer Klage gefordert werden kann (§ 231. 232).

— Im heutigen Recht iſt dieſe Wahl noch weiter ausgedehnt auf Abbitte, Ehrenerklärung, oder Widerruf.

(mm) *L.* 9 § 5 *de publicanis* (39. 4.). „Quod illicite .. exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: *amplius extraordinem plectuntur.* Alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.“ Der Grund lag alſo hier in dem beſonderen Verhältniß, worin die Publicanen zum Staate ſtanden.

Hieraus folgt, daß die wirkliche Leistung jene zerstörende Kraft hat, wobey es ganz gleichgültig ist, ob diese Leistung erfolgte vermittelst eines über die frühere Klage gesprochenen rechtskräftigen Urtheils und der Exsecution, oder aber freywillig; während des Prozesses, oder vor demselben, aber mit Rücksicht auf ihn, also zur Abwendung der Klage und des Urtheils.

Dagegen ist jene zerstörende Kraft nicht beyzulegen der Anstellung der Klage, der Litiscontestation, ja selbst dem rechtskräftigen Urtheil als solchem (a), so lange aus diesem Allen die wirkliche Leistung noch nicht erfolgt ist.

Die alten Juristen drücken diesen scharf bestimmten Gegensatz in folgenden Worten aus:

perceptione, non litiscontestatione; perceptione, non

(a) Manche haben für das Judicat das Gegentheil behauptet, weil ja nun der Kläger durch die actio judicati das sichere Mittel der Befriedigung habe, welches der Befriedigung selbst gleich gelte. Donellus § 8. Dieses ist nun offenbar unrichtig, wenn die concurrente Klage gegen einen Andern als den zuerst Verurtheilten angestellt wird, (z. B. wenn Zwey gemeinschaftlich betrogen haben, weshalb die doli actio gegen Jeden in solidum geht), da der Verurtheilte insolvent seyn kann. Aber auch bey demselben Beklagten ist kein Grund vorhanden, dem bloßen Judicat jene Kraft zur Ausschließung einer concurrenten Klage einzuräumen, da es in der Macht des Verurtheilten steht, das Judicat freywillig zu erfüllen, in welchem Fall die Leistung zerstörend wirkt. Auch selbst wo die alte Prozeßconsumtion eintrat, reichte doch die exc. rei judicatae nicht weiter, als schon vorher die exc. rei in judicium deductae. Es gilt also hierin durchaus derselbe Grund, aus welchem die Auflösung des Pfandrechts vermittelst der Verurtheilung des Schuldners verneint wird. *L.* 13 § 4 *de pign. act.* (13. 7.). „Nec per hoc videtur *satisfactum creditori*, quod habet judicati actionem." — Thibaut S. 156 vertheidigt auch die hier aufgestellte Meynung, aber mit einem nicht befriedigenden Grund.

electione; solutione, non litiscontestatione; ut magis eos perceptio, quam intentio liberet (b).

Der hier aufgeſtellte Grundſatz iſt jedoch nur unter folgenden Einſchränkungen als wahr anzunehmen.

Erſtlich war er durch die alte Prozeßconſumtion verdrängt, da wo unter den Obligationen mehrerer Schuldner wahre Identität vorhanden war, insbeſondere bey Correalſchuldnern, wohin auch der Bürge neben dem Hauptſchuldner gehörte (§ 232. t.). War in einem ſolchen Fall der eine verklagt, ſo wurde durch die Litiscontestation dieſe ganze Obligation conſumirt, ſo daß weder gegen denſelben Schuldner die Klage wiederholt, noch gegen den Mitſchuldner die concurrente Klage (die ja auch nur dieſelbe war) angeſtellt werden konnte, ſelbſt wenn der zuerſt Verklagte inſolvent ſeyn mochte, wodurch alſo dieſes Verhältniß für den Glaubiger ſehr gefährlich werden konnte (c). Gegen dieſe aller Billigkeit widerſtrebende Härte ſuchte man ſich oft durch beſondere Verträge zu ſchützen (d); in

(b) *L.* 4 *de his qui effud.* (9. 3.), *L.* 7 § 4 *quod falso* (27. 6.), *L.* 18 § 3 *de pec. const.* (13. 5.), *L.* 32 *pr. de pecul.* (15. 1.), *L.* 35 § 1 *loc.* (19. 2.).

(c) In dieſen Fällen alſo wurde, im directen Widerſpruch mit den oben im Text (bey Note b) mitgetheilten Ausdrücken, geſagt: *petitione* unius, tota solvitur obligatio; si ex altera earum *egerit*, utramque consumet ... cum altera earum *in judicium deduceretur*, *altera consumeretur*. *L.* 2 *de duob. reis* (45. 2.), *L.* 16 *eod.*, *L.* 5 *in f. de fidejuss.* (46. 1.). — Solche einzelne Spuren des früheren Rechtszuſtandes haben ſich in die Digeſten freylich nur aus Unachtſamkeit der Compilatoren verirrt.

(d) Z. B. indem der Bürge nicht dieſelbe Summe wie der Hauptſchuldner verſprach, ſondern in dieſer Formel verpflichtet wurde: quanto minus ab illo consequi potero, dare spondes? *L.* 115 *de V. O.* (45. 1.). Nun ſtanden

anderen Fällen schützte dagegen der Prätor durch Restitutionen und manche andere Mittel (e). Was aber so künstliche Gegenwehr nöthig machte, zeigte sich dadurch, auch dem Princip nach, als mangelhaft. Und so verdient Justinian gewiß Lob, indem er das Princip für die Hauptfälle, nämlich für die Correalschuldner, und eben so für die Bürgen neben dem Hauptschuldner, völlig aufhob (f). Die übrigen Fälle identischer Obligationen hat er nicht ausdrücklich erwähnt, es ist aber kein Zweifel, daß bey ihnen, eben so wie in jenen Fällen, die alte Strenge verschwinden sollte (g). Ja, wer etwa Dieses aus buchstäblicher Ängstlichkeit bezweifeln wollte, weil es nicht ausdrücklich gesagt ist, müßte doch durch den Umstand völlig

nicht beide in einer identischen Obligation.

(e) Keller Litiscontestation § 61 fg.

(f) *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 41.). Ganz consequent heißt es nunmehr in Justinians Institutionen: „alter debitum *accipiendo*, vel alter *solvendo*, totam perimit obligationem et omnes liberat." § 1 *J. de duob. reis* (3. 16.). Daraus ist auch in *L.* 8. § 1 *de leg.* 1. (30. un.), als augenscheinliche Interpolation, der Zusatz entstanden: „et solutum." Ribbentrop S. 42.

(g) In den Fällen bloßer Solidarität, und in den noch entfernteren Fällen gemeinschaftlicher Haftung § 232, galt jenes strenge Princip auch in der früheren Zeit niemals. *L.* 1 § 43 *depos.* (16.3), *L.* 52 § 3 *de fidejuss.* (46.3), *L.* 23 *C. eod.* (8. 41.). Bey der constituta pecunia war die Anwendbarkeit bestritten (§ 231. g.). — Übrigens kommt die auf wahre Identität der Obligation gegründete Prozeßconsumtion zwar am häufigsten und reinsten bey mehreren Schuldnern oder mehreren Gläubigern vor, sie findet sich aber doch auch zwischen denselben Personen, und hat dann dieselbe Wirkung der Prozeßconsumtion. So z. B. in *L.* 1 § 21 *tutelae* (27.3.). „In tutela *ex una obligatione* duas esse *actiones* constat" rel. Es hat keinen Zweifel, daß auch für diese Fälle die Prozeßconsumtion wegfallen muß. Vgl. oben § 232. l.

beruhigt werden, daß das Princip der Prozeßconſumtion ſelbſt, worauf ſich die Aufhebung bezog, aus dem Juſtinianiſchen Recht durch bloßes Stillſchweigen vertilgt worden iſt, ſo daß wir ſein früheres Daſeyn und ſeine wichtige Bedeutung nur erſt durch Gajus erfahren haben.

Zweytens giebt es mehrere Rechtsverhältniſſe, in welchen dem Berechtigten geradezu ein Wahlrecht zwiſchen mehreren Klagen gegeben iſt, ſo daß in der That durch die bloße Anſtellung der einen Klage, ohne Rückſicht auf den Erfolg, die andere abſorbirt iſt. Dieſe Fälle haben alſo eine äußere Ähnlichkeit, ſowohl mit der alten Prozeßconſumtion, als mit der Klagenconcurrenz; dennoch ſind ſie von beiden weſentlich verſchieden. Bey den allermeiſten Fällen dieſer Art iſt die Grundverſchiedenheit ſchon dadurch unverkennbar, daß die der Wahl überlaſſenen Klagen auf ganz verſchiedene Objecte gerichtet ſind, ſo daß es vielmehr eine Wahl zwiſchen mehreren Rechten, als zwiſchen Klagen, genannt werden muß. Dieſe Fälle haben eine ganz iſolirte Natur, und beruhen auf keinem gemeinſamen Princip, namentlich nicht auf dem hier dargeſtellten Princip der Concurrenz. Sie hier zu erwähnen, iſt deswegen nöthig, damit der nicht ſeltenen Einmiſchung derſelben in die Lehre von der Concurrenz, wohin ſie nicht gehören, vorgebeugt werde. Indem ich ſie hier in einer Überſicht zuſammenſtelle, will ich für die Vollſtändigkeit dieſer Aufzählung nicht einſtehen.

1) Wenn bey einem, unter der lex commissoria ge-

schlossenen Kauf, der Zahlungstag nicht eingehalten ist, so hat der Verkäufer die Wahl, mit der actio venditi entweder das Kaufgeld einzuklagen, oder aus dem Nebenvertrag die Sache zurück zu fordern. Stellt er die eine dieser Klagen an, so kann er nicht mehr zu der anderen zurück kehren (h). — Hier ist es sogar die gleichnamige Klage, womit er beide Ansprüche verfolgt; aber diese Ansprüche haben nicht nur einen verschiedenen Inhalt, sondern sie stehen zu einander in einem widersprechenden, also ausschließenden, Verhältniß.

2) Ganz Dasselbe gilt von der Wahl zwischen der a. redhibitoria und quanti minoris (i).

3) Eben so, wenn Sklaven ihrem Herrn Geld stehlen, und einem Dritten (der darum weiß) Auftrag geben, Sachen dafür zu kaufen; der Herr hat die Wahl, entweder die Klagen aus dem Diebstahl gegen den Dritten anzustellen, oder den Kauf zu genehmigen, und mit der ihm durch seine Sklaven erworbenen a. mandati die gekauften Sachen zu fordern (k).

4) Bey einem Testament mit der Codicillarclausel hat der Eingesetzte die Wahl zwischen der hereditatis petitio und der Fideicommißklage (l); auch hier sind es zwey Rechte, die sich gegenseitig ausschließen.

5) Wer Geld zahlt, um sich von einem ungerechten

(h) *L.* 7 *de lege comm.* (18. 3.).
(i) *L.* 18 *pr. L.* 19 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1), *L.* 25 § 1 *de exc. rei jud.* (44. 2.).
(k) *L.* 1 *C. de furtis* (6. 2.).
(l) *L. ult. C. de codicillis* (6. 36.).

Prozeß loszukaufen, hat die Wahl zwiſchen der Condiction auf das gegebene Geld, und der Strafklage auf den vierfachen Werth (m). Beide Objecte ſind völlig verſchieden und könnten ſehr wohl neben einander beſtehen.

6) Wenn der Commodatar die geliehene Sache ſtehlen läßt, ſo hat der Eigenthümer die Wahl zwiſchen der a. commodati und der furti actio gegen den Dieb (n); beide Objecte ſind hier völlig verſchieden.

7) Der Legatar hat die Wahl zwiſchen einer Klage in rem und in personam (o); die Rechte ſelbſt ſind zunächſt ganz verſchieden, obgleich der letzte Zweck und Erfolg derſelbe iſt.

8) Wird einem Reiſenden eine Sache in einem Gaſthauſe geſtohlen, ſo hat Derſelbe die Wahl zwiſchen der a. de receptis und der Klage gegen die Thäter, ſo daß durch die bloße Wahl ſowohl die Condiction, als die furti actio ausgeſchloſſen iſt (p). Dieſes eigenthümliche Verhältniß gründet ſich wohl darauf, daß die a. de receptis nur als eine ſehr durchgreifende, über allgemeine Rechts-

(m) *L.* 5 § 1 *de calumn.* (3. 6.). Eine andere Anomalie bey derſelben Strafklage iſt ſchon oben bemerkt worden § 230. d.

(n) *L.* 20 *C. de furtis* (6. 2), § 10 *J. de obl. quae ex del.* (4. 1.).

(o) *L.* 76 § 8 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 84 § 13 *de leg.* 1 (30. un.).

(p) *L.* 3 § 5 *L.* 6 § 4 *nautae* (4. 9), *L.* 1 § 3 *furti adv. nautas* (47. 5.). Nach allgemeinen Grundſätzen müßte die Klage gegen den Wirth und die furti actio neben einander gelten (§ 234); ihr Verhältniß zu der Condiction gegen den Dieb müßte von dem Erfolg abhängen (§ 232.). — Nach den oben angeführten Stellen kann jedoch der Wirth, wenn er belangt wird, Ceſſion der Klage gegen den Thäter verlangen.

grundsätze hinaus gehende, Maasregel zu betrachten ist (q).

§. 236.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen. (Fortsetzung.)

Es ist oben bestimmt worden, in welchen Fällen und bis zu welchen Gränzen eine Klage durch den Erfolg einer andern Klage ausgeschlossen werden soll (§ 232. 233), und es bleibt dabey noch übrig zu untersuchen, durch welche Rechtsformen jene Ausschließung bewirkt werde.

Hierin ist folgende Verschiedenheit der Fälle zu beachten. In der kleineren Zahl von Fällen, worin die Concurrenz mehrerer Klagen auf einer wahren Identität der Obligation beruht (§ 232), muß jede Erfüllung, sie mag freywillig, oder durch Klage erzwungen seyn, das Rechtsverhältniß selbst vernichten, und zwar in Beziehung auf alle in demselben stehende Personen; ohne Unterschied, ob sie selbst die Erfüllung bewirkt haben oder nicht, und ob der Erfüllende an sie dabey dachte oder nicht (a). Wenn also ein Bürge zahlt, so ist es genau so, als wenn der Hauptschuldner gezahlt hätte, und umgekehrt, weil nur eine einzige Schuld auf Beide gemeinschaftlich sich bezog.

(q) *L.* 1 § 1 *L.* 3 § 1 *nautae* (4. 9.).

(a) § 1 *J. de duobus reis* (3. 16), *L.* 3 § 1 *eod.* (45. 2.). — Es ist dasselbe Princip, nach welchem auch eine einfache Schuld und Klage ipso jure zerstört wird, ohne Unterschied ob der Schuldner selbst, oder für ihn ein Anderer, die Zahlung leistet. *L.* 23. 53 *de solut.* (46. 3.).

Hier iſt alſo das Recht ſelbſt vernichtet, welches beiden Klagen zum Grunde lag, woraus die Vernichtung der Klagen von ſelbſt folgt (§ 230), ſo daß es keiner künſtlichen Anſtalt bedarf, um die zweyte Klage abzuwenden, wenn durch die erſte bereits die Erfüllung erzwungen worden iſt.

Anders verhält es ſich in den zahlreicheren und mannichfaltigeren Fällen, worin zwey Klagen nicht auf einer identiſchen Obligation beruhen, aber doch der Zweck der einen durch den Erfolg der andern Klage ganz oder theilweiſe erreicht worden iſt. Hierin liegt eine indirecte Befriedigung des Berechtigten für die noch nicht gebrauchte Klage (§ 230). Sollte dieſe nun dennoch angeſtellt werden, blos weil die geleiſtete Erfüllung nicht unmittelbar auf die dieſer Klage zum Grund liegende Obligation bezogen war, ſo würde der Kläger zwar den Buchſtaben des Rechts für ſich haben, aber im Widerſpruch mit der aequitas, und dieſen Misbrauch zu verhüten dient daſſelbe Rechtsmittel, das auch in allen anderen Fällen zu dieſem Zweck benutzt wird: eine Exception, die bald doli, bald in factum genannt wird.

Dieſes iſt das Princip, welches folgende Stelle des Gajus allgemein ausſpricht (b):

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Mit Unrecht haben Daſſelbe Manche als das allgemeine Princip aller Concurrenz angeſehen. Wo die gelei-

(b) *L.* 57 *de R. J.* (50. 17.).

stete Erfüllung jede vorhandene Obligation an sich vernichtet hat, da bedarf es dieser Zuflucht zu der bloßen aequitas nicht; wo aber der Erfolg der schon gebrauchten Klage für die noch übrige nur eine indirecte Befriedigung darbietet, da ist das angeführte Princip für die richtige Behandlung der Klagenconcurrenz entscheidend (c).

In der Anwendung dieses Grundsatzes findet sich folgender, in der allgemeinen Natur der Klagen gegründeter Unterschied. Wenn die noch übrige Klage zu den strengen Klagen gehörte, so mußte die Exception in der Formel ausgedrückt seyn, damit sie der Juder berücksichtigen durfte; war es dagegen eine freye Klage (arbitrium), so war die Aufnahme der Exception zwar auch zulässig, auch stets sicherer, aber nicht nothwendig, indem der Arbiter auch die nicht ausgedrückte Exception beachten durfte und mußte (d). In den Fällen dieser letzten Art sagen zuweilen die alten Juristen, hier wie anderwärts, daß die Wirkung ipso jure eintrete, welcher Ausdruck freylich für solche Fälle nicht genau ist, und eigentlich nur sagen will, sie sey unabhängig von der Thätigkeit oder Unthätigkeit des Prätors, die bloße Überzeugung des Juder sey dazu völlig ausreichend.

Nach diesen Erörterungen werden folgende Anwendungen keine Schwierigkeit darbieten.

Bey der Concurrenz der a. venditi mit der Stipula-

(c) Diese Bemerkung ist gut ausgeführt von Göschen Vorlesungen I. §. 158. 159.

(d) Beylage XIII. Num. IV.

tionsklage ſoll jene, wenn ſie zuletzt angeſtellt wird, ipso jure ausgeſchloſſen ſeyn, dieſe in gleichem Fall nur per exceptionem (e).

Ganz derſelbe Unterſchied wird gemacht wenn die condictio furtiva mit der a. commodati concurrirt (f).

Über die Concurrenz der a. doli und quod metus causa wird geſagt, daß jede derſelben, wenn ſie nach der anderen gebraucht werde, durch eine facti exceptio auszuſchließen ſey (g). Hier wird alſo der Gebrauch der Exception anerkannt, obgleich beide Klagen arbitria ſind.

Wenn in den Fällen einer ſolchen Concurrenz die freye Klage zuerſt angeſtellt wurde, ſo entſtand die Gefahr, daß bey der künftigen Anſtellung der ſtrengen Klage die Exception vergeſſen, und dadurch das Princip der aequitas verletzt werden möchte. Deswegen wurde von den alten Juriſten der Arbiter angewieſen, gleich bey der freyen Klage nicht eher zu condemniren, als bis der Kläger auf die noch übrige ſtrenge Klage verzichtete (h). Es iſt nur ein anderer Ausdruck für dieſelbe Regel, wenn zuweilen geſagt wird, der Kläger ſolle caviren, daß nicht Daſſelbe

(e) *L.* 28 *de act. emti* (19. 1.).

(f) *L.* 71 *pr. de furtis* (47. 2), vgl. oben § 232. h. — *L.* 34 § 1 *de O. et A.* (44. 7.) „altera actio alteram perimit, aut ipso jure, aut per exceptionem, *quod est tutius.*" Das heißt: die Condiction iſt nur per exceptionem ausgeſchloſſen, die a. commodati ipso jure, nämlich auch ohne ausgedrückte doli exceptio; jedoch iſt es auch bey dieſer letzten ſicherer, die Exception in der Formel auszudrücken.

(g) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.).

(h) *L.* 25 § 5 *L.* 43 *locati* (19. 2), *L.* 7 § 1 *commod.* (13. 6), *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.).

nochmals werde eingeklagt werden (i). Darunter ist blos eine Stipulation auf diese Unterlassung zu verstehen; an Bürgen oder Pfänder ist bey jenem Ausdruck nicht zu denken.

Die hier erwähnten formellen Unterschiede und Schwierigkeiten waren eigentlich schon zu Justinians Zeit weggefallen, da keine formulae mehr vorkamen. Allein auch schon in der früheren Zeit gab es ein einfaches Mittel, jenen Nachtheilen vorzubeugen, wenn nämlich alle Klagen zugleich angestellt wurden, da denn der Judex das Princip der Concurrenz gleich bey der ersten Anstellung der Klage anzuwenden genöthigt war (k). — In unsrem heutigen Prozeß findet sich diese Auskunft von selbst, wenn nur der Kläger die Unvorsichtigkeit vermeidet, seinen Antrag mehr als nöthig zu beschränken; denn nun muß der Richter aus allen etwa begründeten Klagen dasjenige Resultat bilden, welches aus dem oben vorgetragenen Princip der Concurrenz hervorgeht.

Die Einschränkungen, welche hier durch das Princip der Concurrenz für die Klagen aufgestellt worden sind, lassen sich auch denken in Anwendung auf die Excep-

(i) *L.* 36 § 2 *de her. pet.* (5. 3), *L.* 13 *de rei vind.* (6. 1.).

(k) Ganz so sollte es auch schon im alten Prozeß in dem sehr ähnlichen Fall gehalten werden, wenn der Kläger ungewiß war, ob von zweyen Klagen die eine oder die andere begründet seyn möchte. *L.* 1 § 4 *quod legat.* (43. 3.). Vgl. Donellus § 7.

tionen, und es fragt ſich, ob ſie hier auf dieſelbe Weiſe wie bey den Klagen behauptet werden können. Es ergiebt ſich aber hier ſogleich der große Unterſchied, daß die bey den Klagen eintretende Gefahr, die durch das Princip der Concurrenz abgewendet werden ſollte, bey den Exceptionen von ſelbſt verſchwindet. Dieſe Gefahr beſtand bey den Klagen in der mehrfachen Erreichung deſſelben Zwecks, der nur einfach eine rechtliche Begründung haben kann. Bey den Exceptionen iſt dieſe Gefahr deshalb nicht vorhanden, weil ſie ſtets nur einen und denſelben negativen Zweck haben, die Abweiſung der Klage, welcher Zweck ſeiner Natur nach nur einmal erreicht werden kann. Daher iſt es denn auch anerkannt, daß Exceptionen neben anderen Exceptionen, ſo wie neben der abſoluten Verneinung, allerdings zuläſſig ſind (l). Die Zweifel, die bey manchen Fällen ſolcher gehäuften Vertheidigungsmittel entſtehen, haben einen ganz anderen Grund, nämlich die widerſprechende Natur des Inhalts mancher dieſer Mittel. Die Erörterung dieſer Frage aber gehört lediglich in die Prozeßlehre, nicht in die Theorie des materiellen Rechts.

(l) *L.* 43 *pr. de R. J.* (50. 17), vgl. oben § 232. a. b. c. *L.* 5. 8. 9 *de except.* (44. 1.).

§. 237.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Einleitung.

Quellen:

Inst. IV. 12.

Dig. XLIV. 3.

Cod. Iust. VII. 36—40.

Novellae Iust. IX. CXI. CXXXI. C. 6.

Gajus IV. § 110. 111.

Cod. Theod. IV. 14.

Schriftsteller:

Giphanii explanatio Codicis, ad L. 3 C. de praescr. XXX. P. 2. p. 245—258.

Jac. Ravii princ. doctrinae de praescriptionibus ed. 3. Halae 1790 (a), § 126—152. § 165.

Thibaut Besitz und Verjährung Jena 1802 § 38—56.

Unterholzner Verjährungslehre B. 1. 2. Leipzig 1828.

Göschen Vorlesungen B. 1 § 148—155.

Kierulff Theorie B. 1 S. 189—215.

Wenn ein Klagrecht dadurch untergeht, daß der Klagberechtigte dasselbe innerhalb eines gewissen Zeitraums auszuüben unterläßt, so heißt diese Aufhebung des Rechts

(a) Die erste Ausgabe ist von 1766. Das Buch ist merkwürdig, theils als ein Zeichen der in seiner Zeit herrschenden höchst geschmacklosen und unkritischen Methode, theils wegen des nicht geringen Einflusses, welchen es lange Zeit ausgeübt hat.

Klagverjährung. Der Römiſche Ausdruck: temporis oder temporalis praescriptio bezeichnet unmittelbar nicht dieſe Veränderung, oder den für den Berechtigten eintretenden Verluſt, ſondern das dem Beklagten erworbene Recht, jeden ferneren Verſuch der Ausübung dieſer Klage durch Exception auszuſchließen. Der Begriff iſt hier abſichtlich auf hypothetiſche Weiſe aufgeſtellt worden, und mit dieſer Auffaſſung wäre es gleich vereinbar, daß ihm gar keine, oder eine ſeltene, eine häufige, vielleicht ſelbſt eine allgemeine Anwendung auf Klagrechte zugeſchrieben würde. Welche Anwendung ihm in der That zukommt, wird durch die nachfolgende geſchichtliche Unterſuchung feſtgeſtellt werden.

Die Klagverjährung ſteht mit vielen anderen Rechtsinſtituten dadurch in Verwandtſchaft, daß in ihnen allen das Zeitelement als Bedingung einer Rechtsänderung vorkommt. Es iſt aber dieſer Verwandtſchaft zu großem Verderben der Theorie, wie der Praxis, eine ungebührliche Ausdehnung gegeben worden, indem man alle durch Zeit bedingte Änderungen der Rechtsverhältniſſe unter einen gemeinſamen Gattungsbegriff zu bringen verſucht hat. Man bezeichnete dieſen unkritiſcherweiſe angenommenen Rechtsbegriff durch die Ausdrücke: Verjährung oder Praescriptio, welche man dann weiter in acquisitiva und exstinctiva eintheilte. Nicht nur dieſe Kunſtausdrücke, ſondern auch die durch ſie bezeichneten Rechtsbegriffe, ſind völlig verwerflich. Die gefährlichſte Geſtalt dieſer irrig

angenommenen Begriffe aber beſteht darin, wenn man ihnen nicht blos eine hypothetiſche Bedeutung beylegt, bey welcher die wirkliche Anwendung einſtweilen dahin geſtellt bleiben kann, ſondern ſie ſelbſt unvermerkt in den grundfalſchen Rechtsſatz umwandelt, daß alle Rechte überhaupt durch fortwährend verſäumte Ausübung untergehen ſollen (b). Die Vertheidiger dieſer irrigen Lehre pflegen dann wohl einzelne, ſeltene Fälle als Ausnahmen ihrer grundloſen Regel zu behandeln, zu deren Bezeichnung der ganz entbehrliche Kunſtausdruck res merae facultatis erfunden worden iſt (c).

Die Klagverjährung iſt ein ganz poſitives Rechtsinſtitut, ſo wie jede Umbildung der Rechtsverhältniſſe, zu deren Bedingungen ein Zahlenverhältniß (hier der Ablauf eines beſtimmten Zeitraums) gehört. Die Gründe ihrer Einführung, die auf verſchiedene Weiſe angegeben werden, ſpielen meiſt in einander über, und ſind großentheils der Erſitzung mit der Klagverjährung gemein (d).

Der allgemeinſte und entſcheidendſte Grund, gleich anwendbar auf die Klagverjährung, wie auf die Erſitzung, liegt in dem Bedürfniß, die an ſich ungewiſſen, des Streites und Zweifels empfänglichen, Verhältniſſe des Rechts

(b) Vgl. über dieſe in mannichfaltiger Weiſe ausgebildeten Irrthümer oben B. 4 § 178.

(c) B. 4 § 199. S. 515.

(d) Von dieſen Gründen der Einführung iſt ſchon oben im Allgemeinen die Rede geweſen, B. 4 § 177. S. 305—307. Es mußte aber an dieſer Stelle genauer darauf eingegangen werden.

und des Vermögens dadurch feſtzuſtellen, daß die Ungewißheit in beſtimmte Zeitgränzen eingeſchloſſen wird (e).

Ein zweyter Grund der Einführung liegt in der Präſumtion der Tilgung desjenigen Rechts, welches durch die Klage verfolgt werden ſoll; jedoch kann dieſer an ſich wahre und wichtige Grund leicht misverſtanden werden. Der Sinn dieſer Präſumtion beſteht in der Unwahrſcheinlichkeit, daß der Berechtigte ſeine Klage ſo lange verſäumt haben würde, wenn nicht das Recht ſelbſt auf irgend eine, jetzt nur nicht erweisliche, Art wirklich aufgehoben worden wäre (f). Dieſe Unwahrſcheinlichkeit iſt nun eigentlich nur für die mit langen Zeiträumen verſehenen Verjährungen zu behaupten; ſie iſt recht paſſend eigentlich nur bey perſönlichen Klagen, und zwar vorzugsweiſe bey Klagen

(e) Dieſer Grund hat zufällig nicht bey der Klagverjährung, wohl aber bey der Erſitzung, häufige Anerkennung gefunden. CICERO pro Caecina C. 26 „usucapio fundi, h. e. finis solicitudinis ac periculi litium." GAJUS II. § 44 „ne rerum dominia diutius in incerto essent." Eben ſo derſelbe Gajus in *L.* 1 *de usurp.* (41. 3.), und Neratius in *L.* 5 *pr. pro suo* (41. 10.).

(f) Die Art dieſer Aufhebung bleibt alſo völlig dahin geſtellt, ſie kann in Zahlung, Compenſation, Novation u. ſ. w. beſtanden haben, oder auch in einem Erlaßvertrag. Dieſe letzte Möglichkeit kann als die ſehr beſchränkte, relative Wahrheit in derjenigen Anſicht eingeräumt werden, nach welcher die Dereliction Grund der Verjährung ſeyn ſoll. Vgl. oben B. 4 S. 307. — Eben wegen dieſer ſehr häufigen Unbeſtimmtheit in den einzelnen Anwendungen der Klagverjährung, und weil über die Fortdauer des Rechtsverhältniſſes der Beklagte ſelbſt völlig in Ungewißheit ſeyn kann (beſonders wenn er der Erbe des urſprünglichen Schuldners iſt), iſt es auch gar nicht inconſequent, die Einrede der Verjährung neben irgend einer andern Art der Vertheidigung, ſelbſt neben der abſoluten Verneinung, geltend zu machen.

auf Geldschulden, weil hier die regelmäßige Tilgung in einer spurlos vorübergehenden Handlung besteht, deren Beweis oft durch den Verlust der Quittung unmöglich wird. Schon aus dieser eingeschränkten Wahrheit der erwähnten Präsumtion ist es einleuchtend, daß sie nicht wie andere, gewöhnliche Präsumtionen behandelt werden darf, so daß etwa der Kläger einen Gegenbeweis, z. B. durch Eidesdelation, unternehmen dürfte. Das Wesentliche und Wohlthätige der Klagverjährung besteht vielmehr gerade darin, daß es fast immer ungewiß bleiben wird, ob die Schuld bereits getilgt ist, also blos der fehlende Beweis ergänzt wird, oder ob gegenwärtig die Klagverjährung eine selbstständige Veränderung bewirkt. — Eine ähnliche Präsumtion kann auch bey der Ersitzung behauptet werden, indem es unwahrscheinlich ist, daß ein anderer Eigenthümer, wenn ein solcher vorhanden wäre, seine Vindication lange Zeit versäumt haben würde. Auch hier wird es oft ungewiß bleiben, ob die Ersitzung Eigenthum aus einer Hand in die andere gebracht, oder nur den fehlenden Beweis des schon vorhandenen Eigenthums ersetzt hat. Diese Ansicht findet vorzugsweise Anwendung bey der dreyßigjährigen Ersitzung in Ermanglung des Titels, da nämlich der Titel oft wirklich vorhanden ist, und nur zufällig nicht bewiesen werden kann.

Drittens wird die Strafe der Nachlässigkeit als Grund der Klagverjährung angegeben, und auch in unsren Rechts-

quellen wird darauf deutlich hingewieſen (g). Dennoch darf dieſer Ausdruck nicht in dem gewöhnlichen Sinn einer Strafe verſtanden werden, da die Nachläſſigkeit, welche nicht anderen Perſonen ſchadet, überhaupt nicht ſtrafbar iſt, und da beſonders die Klage oft aus ſchonender Nachſicht gegen den Schuldner verſchoben wird, worin doch gewiß Niemand eine Verletzung Deſſelben finden kann. Jener Ausdruck iſt aber überhaupt nicht als poſitiver Grund der Klagverjährung anzuſehen, ſondern als Rechtfertigung derſelben gegen den Vorwurf der Härte und Ungerechtigkeit. Der im gemeinen Wohl liegende poſitive Grund iſt bereits angegeben worden; daß man Dieſen geltend machen darf, ohne dem Recht des Klägers zu nahe zu treten, folgt aus der hinreichenden Zeit, die Demſelben zur Ausübung ſeines Klagrechts geſtattet iſt. Es wird alſo jedem Klagberechtigten zugemuthet, dem gemeinen Wohl nicht ſein Recht zum Opfer zu bringen, ſondern nur ſeine Unthätigkeit. Unterläßt er Dieſes, ſo hat er den eintretenden Verluſt ſich ſelbſt zuzuſchreiben, welcher Hergang nun eben als Strafe ausgedrückt wird. Dieſer Zuſammenhang der Gedanken wird in unſren Rechtsquellen ſehr beſtimmt anerkannt bey der Erſitzung, deren Rechtfertigung völlig auf dem gleichen Grunde beruht, alſo auch

(g) *L.* 2 *C. de ann. exc.* (7. 40.). „Ut ... sit aliqua inter desides et vigilantes differentia" .. *L.* 3 *C. eod.* „cum contra defides homines, et sui juris contemtores, odiosae exceptiones oppositae sunt." *L. un.* § 5 *C. Th. de act. certo temp.* (4.14.). „Verum ne quaotioso nimis ac defidi querimonia relinquatur" ...

hier benutzt werden kann (h). — Obgleich nun also in dieser sogenannten poena negligentiae nicht sowohl der positive Grund der Klagverjährung zu suchen ist, als die Abwehr eines möglichen Vorwurfs, so ist sie dennoch von dem größten Einfluß auf die einzelnen Bestimmungen dieses Rechtsinstituts, indem es sich zeigen wird, daß überall vorzügliche Rücksicht zu nehmen ist auf die für den Berechtigten vorhandene Möglichkeit, den Nachtheil der Verjährung durch Aufmerksamkeit zu vermeiden. Es ist übrigens einleuchtend, daß dieser Rechtfertigungsgrund vorzüglich bey den langen Verjährungszeiten (z. B. von 30 Jahren) durchgreifende Wahrheit hat; bey den prätorischen Annalklagen, so wie bey der einjährigen Usucapion des ältern Rechts, erscheint er weniger überzeugend.

Ein wichtiger Grund der Klagverjährung, der bey der Ersitzung nicht eben so vorkommt, liegt endlich darin, daß die Anstellung der Klage in der Willkühr des Klägers liegt, daß er es also in seiner Macht hat, durch lange Verzögerung derselben, die Vertheidigung des Beklagten zu erschweren, indem die Beweismittel ohne des Beklagten Schuld untergehen können, z. B. durch den Tod der

(h) *L.* 1 *de usurp.* (41. 3.) „cum *sufficeret dominis* ad inquirendas res suas statuti temporis spatium." Eben so Gajus II. § 44. — Dieses Motiv steht in wesentlichem Zusammenhang mit dem vorhergehenden. Denn die Präsumtion der Tilgung ist nicht so zu denken, als ob die lange Zeit an sich selbst die Tilgung wahrscheinlich machte, sondern so daß die große Nachlässigkeit des Berechtigten, in so langer Zeit die Verfolgung des Rechts zu unterlassen, wenn es stets fortgedauert hätte, nicht vermuthet werden kann.

vorhandenen Zeugen. Die Beſchränkung dieſer einſeitigen Macht des Klägers, die auf unredliche Weiſe misbraucht werden kann, iſt vorzüglich zu beachten.

Endlich giebt man auch noch als Zweck der Klagverjährung an die Verminderung der Prozeſſe (i). So materiell nun, als ob die bloße Herabſetzung der Anzahl ein wünſchenswerthes Gut wäre, darf dieſer Grund gewiß nicht aufgefaßt werden, da die Abwendung gerechter Prozeſſe gar nicht wünſchenswerth iſt. Das Wahre aber in jenem Grunde liegt darin, daß allerdings durch die Verjährung viele Klagen abgehalten werden, die entweder ohnehin, aber mit mehr Mühe und Koſten, als unbegründet anerkannt werden müßten, oder ſogar, welches das größere Übel iſt, zu einer ungerechten Verurtheilung wegen fehlender Beweiſe führen würden.

Die Klagverjährung gehört unter die wichtigſten und wohlthätigſten Rechtsinſtitute (k). In ihr haben ſich die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts, vorzugsweiſe vor vielen anderen Inſtituten, in vollſtändiger Übung erhalten, und zwar nicht blos in den Ländern des gemeinen Rechts, ſondern auch da wo neue Geſetzbücher eingeführt ſind.

(i) Eine Erwähnung davon, nicht bey der Klagverjährung, aber doch bey einem verwandten Inſtitut, findet ſich in *L.* 2 *pr. de aqua pluv.* (39. 3.) „... vetustas quae semper pro lege habetur, *minuendarum scilicet litium causa.*"

(k) Cassiodori Var. V. 37 „Tricennalis autem *humano generi patrona* praescriptio" ... Sieht man von dem ſchülſtigen Ausdruck ab, der freylich bey dieſem Schriftſteller nie fehlen kann, ſo liegt darin eine wahre Anerkennung der praktiſchen Wichtigkeit dieſer Anſtalt.

Denn in dieſen beſteht das Neue und Eigenthümliche meiſt nur in der Beſtimmung abweichender Verjährungsfriſten für viele Klagen, und Dieſes iſt für die Theorie gerade der minder erhebliche Gegenſtand.

§. 238.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Geſchichte.

Dem Begriff der Klagverjährung, welcher bisher nur auf hypothetiſche Weiſe aufgeſtellt wurde (§ 237), iſt nunmehr eine geſchichtliche Grundlage zu geben.

Lange Zeit war dieſes Inſtitut dem Römiſchen Recht ganz fremd. Erſt als die Prätoren in dem Edict häufig ganz neue Klagen einführten, knüpften ſie viele derſelben an die Bedingung, daß ſie innerhalb eines Jahres angeſtellt werden müßten (intra annum judicium dabo); darin lagen alſo einzelne Ausnahmen von der alten Regel der ewigen Dauer aller Klagrechte. Solche Ausnahmen wurden dann auch bey einzelnen Civilklagen angenommen.

Eine etwas allgemeinere Geſtalt erhielt dieſes Rechtsinſtitut zuerſt in der longi temporis praescriptio. Gegen die Klagen aus dem Eigenthum oder einem jus in re (speciales in rem actiones) ſollte eine Verjährung von zehen (zuweilen zwanzig) Jahren gelten, wenn der Beſitzer die Hauptbedingungen der Uſucapion (beſonders Titel und bona fides) nachweiſen konnte, ohne doch uſucapirt zu haben; denn durch die Uſucapion wurde ihm freylich jede Exception entbehrlich. — Eine Erweiterung erhielt dieſe

longi temporis praescriptio unter Conſtantin, indem der Mangel des Titels und der bona fides durch eine längere Zeit des Beſitzes erſetzt werden ſollte; wie es ſcheint, war die Beſtimmung der Zeit ſchwankend zwiſchen 30 und 40 Jahren. Eine Ausdehnung auf andere Arten von Klagen lag jedoch hierin nicht, ſo daß namentlich die perſönlichen Klagen in der Regel noch immer unverjährbar blieben (a).

Das erſte Verjährungsgeſetz von durchgreifender Allgemeinheit wurde von Theodoſius II. im Jahre 424 erlaſſen, welches in beide Conſtitutionenſammlungen (mit einiger Verſchiedenheit) übergegangen iſt (b). Der Inhalt dieſes wichtigen Geſetzes, welches die Grundlage des ganzen Verjährungsrechts bildet, iſt hier genauer anzugeben. Es beſtätigt alle ſchon bisher geltende Klagverjährungen, verordnet aber da wo es bisher an ſolchen fehlte, eine dreyßigjährige Verjährung, nicht nur (wie ſchon bisher) für die speciales in rem actiones, ſondern auch für die hereditatis petitio (de universitate), und zugleich, was das Wichtigſte war, für die perſönlichen Klagen. — Ausdrück-

(a) Unterholzner I. § 17.

(b) *L. un. C. Th. de act. certo temp. fin.* (4. 14.), *L.* 3 *C. J. de praescr.* XXX. (7. 39.). Im Juſtinianiſchen Codex heißt die Inſcription: Honorius et Theodosius, welches unmöglich iſt, da Honorius ſchon 423 ſtarb. Im Theodoſiſchen Codex heißt es blos: Theodosius, welches völlig befriedigend ſeyn würde; allein ein anderes Stück deſſelben Geſetzes (L. 7 C. Th. de cognitor. 2. 12.) iſt überſchrieben: Theod. et Valent., welches auch zuläſſig iſt, da Valentinian III. im J. 424 bereits zum Mitregenten beſtimmt war. In jedem Fall iſt Theodoſius II. der einzige Urheber des Geſetzes. Vgl. Unterholzner I. § 18. Wenck ad L. un. C. Th. cit. Zirardinus, Leges novellae Theodosii rel. p. 278.

lich ausgenommen wurde die actio finium regundorum. Dieſe Ausnahme iſt im Juſtinianiſchen Codex weggelaſſen, weil Juſtinian ſie in einer ſeiner Conſtitutionen aufgehoben hatte (c). — Auch die Hypothekarklage gegen den Schuldner ſelbſt wurde indirect ausgenommen, und dieſe Ausnahme iſt im Juſtinianiſchen Codex beybehalten (d), weil dieſer Gegenſtand ſpäter auf eigenthümliche Weiſe beſtimmt wurde. — Alle jetzt ſchon vorhandenen Klagen ſollten gleichfalls der Vorſchrift der 30 Jahre unterworfen ſeyn, jedoch mit der Milderung, daß ihre Verjährungszeit wenigſtens Zehen Jahre, von der Verkündigung des Geſetzes an gerechnet, betragen ſollte. Dieſe blos tranſitoriſche Beſtimmung wurde im Juſtinianiſchen Codex natürlich weggelaſſen. — Am zweifelhafteſten iſt das Verhältniß der den perſönlichen Zuſtand betreffenden Präjudicialklagen. Bey der Aufzählung derjenigen Klaſſen von Klagen, wofür die neue Verjährung gelten ſoll, ſind ſie nicht mit genannt (e), dagegen lautet der Schluß des Geſetzes ſo allgemein, daß er auch auf ſie zu beziehen iſt (f).

(c) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.), vgl. unten Note i.

(d) *L.* 3 *C. cit.* „Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam *non a suo debitore, sed ab alio,* ...possidente nititur vindicare." Hier iſt das ſogenannte argumentum a contrario ganz unwiderlegbar. — Wahrſcheinlich lag bey dieſer Ausnahme die Anſicht zum Grunde, daß gar keine Verjährung anfangen könne, weil der Schuldner die verpfändete Sache mit dem Willen des Glaubigers beſitze.

(e) *L.* 3 *C. cit.* „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ..." Keine dieſer Bezeichnungen paßt auf die Präjudicialklagen.

(f) *L.* 3 *C. cit.* „si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona *qualicunque actione vel persecutione pulsetur.*" Un-

Dieſes Geſetz wurde durch die Aufnahme in den Theodoſiſchen Codex auch im Occident eingeführt; Valentinian III. ſchärfte die Befolgung deſſelben durch beſondere Verordnungen ein, worin er namentlich gegen einſchränkende Auslegungen warnte (g).

Hieran ſchließt ſich ein Geſetz des K. Anaſtaſius vom J. 491, welches für alle Klagen, die bisher noch keine Verjährung hatten, als letztes Supplement eine vierzigjährige vorſchreibt (h). Die eigentliche Abſicht dieſes in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommenen Geſetzes iſt nicht ganz klar. Am Natürlichſten ſcheint es bezogen werden zu müſſen auf die von Theodoſius beſonders ausgenommenen Klagen, die alſo nun nicht mehr unverjährbar, ſondern nur einer etwas längeren Verjährung unterworfen ſeyn ſollten; allein ſelbſt dieſe Beziehung iſt nicht ohne Schwierigkeit. Die ſicherſte Anwendung iſt wohl die auf die actio finium regundorum, die in dem Geſetz von Theodoſius ausgenommen worden war, jetzt alſo in 40 Jahren verjähren ſollte; vielleicht war ſie auch ausdrücklich von K. Anaſtaſius genannt, deſſen Geſetz wir ja nicht mehr in ſeiner urſprünglichen Geſtalt beſitzen. Juſtinian hat nachher für dieſe Klage die dreyßigjährige Verjährung

terholzner I. § 18 will dieſe Worte auf Klagen über das Vermögen einſchränken, wozu jedoch in ihnen kein Grund wahrzunehmen iſt.

(g) Nov. Valent. Tit. 8. 12 (J. 449 und 452). Unterholzner I. S. 446 Note 433 ſcheint dieſes Geſetz ganz misverſtanden zu haben.

(h) *L. 4 C. de praescr. XXX.* (7. 39.). Vgl. über dieſes Geſetz Unterholzner I. § 19.

vorgeſchrieben (i). — Die Hypothekarklage gegen den Schuldner gehört dagegen nicht zu den aufgehobenen Ausnahmen, denn K. Juſtinus, der für ſie die Verjährung von 40 Jahren vorſchrieb, ſagte dabey ausdrücklich, ſie ſey bis zu ſeiner Zeit ohne alle Verjährung geweſen (k). — Daneben aber erwähnt nun der Kaiſer, daß bisher das Geſetz von Theodoſius durch willkührliche Auslegungen eingeſchränkt worden ſey. Er ſcheint Dieſes durch die von ihm gebrauchten Ausdrücke zu misbilligen (l), und man könnte auch auf dieſe Fälle das neue Supplement der 40 Jahre beziehen. Indeſſen iſt doch auch nicht einzuſehen, warum der Geſetzgeber den Interpretationen, die er ſelbſt als irrig anſieht, durch eine verlängerte Verjährungsfriſt ein Zugeſtändniß machen ſollte. — Wenn in der That die Präjudicialklagen in dem Geſetz von Theodoſius nicht enthalten ſeyn ſollten (wovon ſchon oben die Rede war), oder wenn ſie etwa durch ſpätere Auslegungen davon ausgeſchloſſen worden wären, ſo könnte die Vorſchrift von Anaſtaſius auf ſie bezogen werden, worauf in der That einige Ausdrücke hinzudeuten ſcheinen (m). Ja Dieſes

(i) *L.* 6 *C. fin. reg.* (3. 39.). Daß dieſe Beſtimmung nicht von Theodoſius I. herrührt, deſſen Namen ſie führt, ſondern von Juſtinian ſelbſt, zeigt die Vergleichung mit L. 5 C. Th. fin. reg. (2. 26.). — Vgl. oben Note c.

(k) *L.* 7 *pr. C. de praeser. XXX.* (7. 39.).

(l) *L.* 4 *C. cit.* „ .. si qua sit actio, quae cum non esset expressim supradictis temporalibus praescriptionibus concepta, quorumdam tamen *vel fortuita vel excogitata interpretatione* saepe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur ... "

(m) *L.* 4 *C. cit.* „ .. quicunque super quolibet jure ... su-

würde in der That die einzige im Juſtinianiſchen Recht anwendbare Beſtimmung des Geſetzes von Anaſtaſius ſeyn, welches überhaupt wohl beſſer in unſren Codex gar nicht aufgenommen worden wäre, da es doch nur Zweifel zu erregen geeignet iſt.

So allgemein und durchgreifend nun die Worte der Verordnung von Anaſtaſius lauten, ſo hat doch er ſelbſt dafür geſorgt, ihre Allgemeinheit wieder wankend zu machen, indem er in ſpäteren Conſtitutionen für zweyerley Klagen erklärt hat, ſie würden mit Unrecht unter jene Verordnung bezogen, und ſie ſollten überhaupt gar keiner Verjährung unterworfen ſeyn. Dieſes verordnete er erſtlich für die Klage einer Stadt gegen ſolche Perſonen, die ſich ihrer Verpflichtung als Mitglieder der Curie entziehen wollten (n); zweytens für alle Klagen des Fiscus auf öffentliche Abgaben (o).

Zuletzt hat noch Juſtinian in einer eigenen Conſtitution die allgemeine Beobachtung der dreyßigjährigen Klagverjährung eingeſchärft, und dabey als einzigen Fall für 40 Jahre die Hypothekarklage erwähnt (p), für welche ja ſein Vorgänger ein ausführliches Geſetz erlaſſen hatte. Hierin liegt eine Beſtätigung des eben ausgeſprochenen Tadels gegen die Aufnahme des Geſetzes von Anaſtaſius, da für

perque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber, et .... securus."

(n) *L.* 5 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

(o) *L.* 6 *C de praescr. XXX.* (7. 39.).

(p) *L.* 1 § 1 *C. de ann. except.* (7. 40.) vom J. 530.

die Anwendung deſſelben neben der zuletzt angeführten Verordnung von Juſtinian durchaus kein Raum übrig bleibt. In dieſer Verordnung erwähnt Juſtinian namentlich folgende Klagen, wofür die Anwendung der 30 Jahre mit Unrecht bezweifelt worden ſey:

1) Familiae herciscundi, communi dividundo, finium regundorum. Für die zwey erſten gründete ſich der Zweifel wahrſcheinlich auf die Verwechslung des allerdings unverjährbaren Anſpruchs auf Theilung mit dem Anſpruch auf beſtimmte Geldzahlung (§ 252). Für die dritte hatte erſt Juſtinian ſelbſt die Verjährung eingeführt (Note i).

2) Pro socio. Auch hier mag wohl die Verwechslung der unverjährbaren Aufkündigung mit der Klage auf Geldzahlung den Zweifel veranlaßt haben.

3) Furti und vi bonorum raptorum. Der Irrthum gründete ſich hier darauf, daß Manche fälſchlich glaubten, der Dieb oder Räuber begehe durch den fortgeſetzten Beſitz der Sache immer wieder einen neuen Diebſtahl, für welchen alſo auch die Verjährung der furti actio ſtets von Neuem anfangen müſſe (q).

Aus dieſer hiſtoriſchen Zuſammenſtellung ergiebt es ſich, daß urſprünglich alle Klagen unverjährbar, dann ausnahmsweiſe einzelne verjährbar waren, endlich aber alle verjährbar geworden ſind. Damit hängt denn auch der veränderte Sprachgebrauch zuſammen, indem der Ausdruck

(q) *L.* 1 § 1 cit. „ex quo .. semel nata est, *et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur.*" Vgl. *L.* 9 *pr. L.* 67 § 2 *de furtis* (47. 2.).

perpetua actio, dem eigentlichen Wortſinn gemäß, eine unverjährbare Klage bezeichnete, jetzt aber, da es ſolche nicht mehr giebt, zur Bezeichnung einer dreyßigjährigen Klage, im Gegenſatz der kürzer dauernden, geworden iſt (r).

Die nun folgende Lehre von der im Juſtinianiſchen Recht geltenden Klagverjährung wird folgende Stücke zu unterſuchen haben: die Bedingungen der Verjährung, ihre Wirkung, die Ausnahmen derſelben, und ihre Anwendung auf Exceptionen.

Die Bedingungen aber laſſen ſich auf folgende Vier Punkte zurückführen:

a) Actio nata.

b) Ununterbrochene Verſäumniß.

c) Bona fides.

d) Ablauf der Zeit.

§. 239.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata.

Unterholzner I. § 88. II. § 183. 260. 264—266. Thon. in Linde's Zeitſchrift B. 8 S. 1—57. 1835 (a).

Die erſte Bedingung möglicher Klagverjährung fällt zuſammen mit der Beſtimmung des Anfangspunktes der-

(r) *pr. J. de perpetuis* (4. 12)

(a) Es wird ſich zeigen, daß ich in den Hauptreſultaten mit dieſer Schrift nicht einverſtanden bin; indeſſen hat ſie durch klare und gründliche Behandlung des Gegenſtandes die Unterſuchung nicht wenig gefördert.

ſelben. So lange kein Klagrecht vorhanden iſt, kann daſſelbe nicht verſäumt, alſo auch nicht durch Verſäumniß verloren werden. Es muß daher Actio nata ſeyn, wenn eine Verjährung anfangen ſoll (b).

Jedes Klagrecht aber hat zwey Bedingungen (§ 205): Erſtlich, ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht, und wo es an dieſem fehlt, iſt noch keine Verjährung möglich. Darum kann ſie bey einer bedingten, oder auf einen Zeitpunkt ausgeſetzten Obligation erſt anfangen, wenn die Bedingung erfüllt, oder der Zeitpunkt eingetreten iſt (c). — Zweytens eine Rechtsverletzung, eine Störung, welche den Berechtigten zur Klage veranlaßt. Es kommt Alles darauf an, dieſe, die Klage bedingende, Rechtsverletzung richtig aufzufaſſen; die meiſten Streitigkeiten in dieſer Lehre entſtehen aus Misverſtändniſſen über die Natur derſelben, und wenn es gelingt, hierüber eine Verſtändigung herbey zu führen, ſo möchten wohl jene Streitigkeiten über den Anfangspunkt der Verjährung verſchwinden.

Wird nun hier der Anfang der Verjährung in das

(b) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.) „.. sed ex quo ab initio competit, *et semel nata est* ..". *L.* 3 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) „actiones XXX. annorum jugi silentio, *ex quo jure competere coeperunt*, vivendi ulterius non habeant facultatem." *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.) „ea mulieribus ex eo tempore opponatur, *ex quo possunt actiones movere.*" In dieſer letzten Stelle iſt von Uſucapion und Klagverjährung zugleich die Rede.

(c) *L.* 7 § 4 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) „... in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die ... pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel .. diei .. lapsum, praescriptiones XXX vel XL annorum ... initium accipiunt."

Daſeyn der Rechtsverletzung geſetzt, zu deren Bekämpfung die Klage beſtimmt iſt, ſo hat dieſer Anfangspunkt eine völlig objective Natur, und das Verhältniß einer ſolchen verletzenden Thatſache zu dem Bewußtſeyn des Klagberechtigten kommt nicht in Betracht. Ob alſo dieſer von der Klage weiß, die ihm zuſteht, oder nicht, iſt ganz gleichgültig, ſelbſt bey den kurzen, mit einem utile tempus verſehenen, Verjährungen; und es ſind bey dieſen letzten nur ſeltene Ausnahmen, worin das Bewußtſeyn berückſichtigt wird (d).

Schon von den Gloſſatoren an iſt eine Erweiterung dieſer Regel verſucht worden, welche noch in der neueſten Zeit ihre Vertheidiger gefunden hat. Es ſoll nämlich die Verjährung ſchon vor der Entſtehung des Klagrechts anfangen, vorausgeſetzt daß es in der Willkühr des Berechtigten ſtand, dieſe Entſtehung herbey zu führen (e). Man drückt dieſe Regel alſo aus: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Durch welches Intereſſe die Aufſtellung dieſer Regel veranlaßt worden iſt, kann erſt weiter unten klar gemacht werden; ihre Unrichtigkeit aber läßt ſich ſchon hier zeigen (f). Bey allen bedingten Obligationen ohne Ausnahme ſoll die Verjährung der Klage erſt anfangen, wenn die Bedingung erfüllt iſt (Note c); und

(d) S. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXV. XXVI. und B. 4 § 190.

(e) Unterholzner II. S. 319, Kind quaest. forenses Vol. 3 C. 35.

(f) Thon S. 2—6 hat dieſe Regel gründlich geprüft und widerlegt.

doch giebt es ächte Bedingungen, deren Erfüllung ganz in der Willkühr des Berechtigten ſteht (g), und bey welchen alſo, nach jener Regel, die Verjährung ſchon früher anfangen müßte. Eben ſo ſoll die Verjährung der Dotalklage allgemein anfangen mit der Auflöſung der Ehe (h), und doch kann dieſe Auflöſung weit früher in der Willkühr der Frau ſtehen, wenn nämlich der Mann durch ſeine Handlungen eine Scheidungsurſache herbeyführte (i). Noch einleuchtender iſt Dieſes für die Zeit des ältern Rechts, worin die Frau auch ohne Urſache die Scheidung ausſprechen konnte; hätte nun damals ſchon eine Verjährung der Dotalklage beſtanden, ſo würde dieſelbe nach jener Regel vom Anfang der Ehe an zu berechnen geweſen ſeyn, welches doch gewiß Jeder für ganz widerſinnig erkennen wird.

Das Wichtigſte und Schwierigſte aber iſt die Anwendung der von mir aufgeſtellten Regel auf einzelne Rechtsverhältniſſe, und erſt dabei wird es möglich ſeyn, die Streitfragen klar zu machen, die in dieſer Lehre vorkommen.

Vor Allem müſſen unterſchieden werden die Klagen in rem von den perſönlichen Klagen.

Bey den Klagen in rem iſt über den Anfang der Verjährung weniger Streit als bey den perſönlichen. Die Verjährung der Vindication und der mit ihr gleichartigen Klagen (k) fängt an mit dem Beſitz, welchen ein Anderer

(g) S. o. B. 3 § 117.

(h) *L.* 7 § 4 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.), *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.), vgl. Note b.

(i) Thon S. 14—16 S. 56.

(k) Dahin gehört die publiciana, die a. vectigalis, die des Superficiars und die Hypothekar-

ohne den Willen des Berechtigten erworben hat. Wenn alſo der Eigenthümer einer beweglichen Sache dieſelbe an einem entlegenen Orte verliert, und ſie da viele Jahre unbemerkt liegen bleibt, ſo kann von einer Klagverjährung nicht die Rede ſeyn. Erſt wenn ein Anderer die Sache findet und in Beſitz nimmt, iſt eine Verletzung des Eigenthums vorhanden, mit ihr auch ein Klagrecht, und die Möglichkeit deſſen Ausübung zu verſäumen. Daß die Sache dem Beſitzer abgefordert, und von dieſem verweigert werde, iſt zum Anfang der Verjährung eben ſo wenig nöthig, als daß der Eigenthümer die Beſitzergreifung wiſſe. —

Nicht nöthig zur Begründung dieſer Klagverjährung iſt der Eigenthumsbeſitz des Gegners, ſo daß gegen den Miether, Commodatar, oder Pfandglaubiger die Verjährung der Vindication nicht anfangen könnte (l); denn da auch gegen dieſe Perſonen die Vindication angeſtellt werden kann (m), ſo iſt kein Grund vorhanden, ihnen die Verjährung derſelben zu entziehen. Das Wahre aber in jener irrigen Behauptung beſteht darin, daß allerdings eine Klagverjährung nicht anfangen kann, ſo lange der Mie-

klage, da dieſe alle nur gegen den Beſitzer angeſtellt werden. Die confessoria und negatoria werden bedingt durch irgend eine Verletzung, ſo daß der Anfang der Verjährung eine weniger beſtimmte Natur hat als bey jenen Klagen; bey ihnen aber wird überhaupt die Klagverjährung ſeltner zur Sprache kommen, weil ſie meiſt durch die Erſitzung der Servitut, oder durch den Untergang wegen Nichtgebrauch abſorbirt ſeyn wird.

(l) Dieſe Meynung hat Unterholzner II. § 183 264. Er verwechſelt die Klagverjährung mit der Uſucapion, bey welcher dieſer Satz allerdings wahr iſt.

(m) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.)

ther u. ſ. w. im Namen des Eigenthümers beſitzt, alſo deſſen Recht auf irgend eine Weiſe anerkennt (n).

Bey den perſönlichen Klagen iſt das Princip daſſelbe, wie es für die Klagen in rem aufgeſtellt worden iſt. Die Verjährung fängt an, wenn die Erfüllung der Obligation unterbleibt ohne den Willen des Berechtigten, das heißt gegen die durch die Natur des Rechtsverhältniſſes begründete Erwartung. Auch hier alſo kommt es nicht darauf an, daß der Schuldner zur Erfüllung aufgefordert ſey und dieſelbe verweigert habe (o). Eben ſo iſt ganz gleichgültig das Daſeyn der beſonderen Bedingungen, an welche die Annahme der Mora geknüpft iſt. Mora iſt dasjenige Verhältniß des nicht erfüllenden Schuldners, welches für ihn gewiſſe poſitiv beſtimmte Nachtheile zur Folge hat (Zinſen, Verantwortlichkeit u. ſ. w.); hier wird in der Regel Mahnung gefordert, wodurch das Daſeyn oder der Vorwand ſtillſchweigender Nachſicht mit Sicherheit beſeitigt werden ſoll. Für die Möglichkeit einer Klage aber ſind dieſe Bedingungen nicht nöthig; gerade der Umſtand, daß der Gläubiger die Mahnung unterläßt, gehört zu der Reihe von Nachläſſigkeiten, deren endlicher Erfolg der Verluſt des Klagrechts durch Verjährung iſt (p).

(n) Von dieſem Fall ſind zu verſtehen *L.* 2 *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) Die richtige Anſicht hat Kierulff S. 198.

(o) In dieſer unrichtigen Weiſe wird die Meynung Derjenigen, welche eine Rechtsverletzung zum Anfang der Verjährung fordern, von Thon S. 37. aufgefaßt.

(p) Die richtige Anſicht hierüber hat Kierulff S. 197.

In der Anwendung auf einzelne Obligationen ſind zuerſt diejenigen Fälle zu betrachten, worin die aufgeſtellte Regel einer reinen und einfachen Anwendung empfänglich iſt, indem keine factiſche Verwicklungen hinzutreten, wodurch Zweifel oder auch wirkliche Abweichungen veranlaßt werden könnten. Ich rechne dahin folgende Fälle:

1) Die Delictsobligationen. Sobald das Delict begangen iſt, hat der Verletzte augenblicklich die Zahlung der Entſchädigung oder der Strafe zu erwarten, und jede Verzögerung iſt eine neue Rechtsverletzung, wodurch eben die Klage begründet wird (q). Daher fängt die Verjährung der Klage mit dem vollendeten Delict an, weil es als Verſäumniß betrachtet werden muß, wenn der Verletzte nicht ſogleich die Klage anſtellt.

2) Ganz dieſelbe Natur haben auch die Quaſicontracte. Die Verjährung der tutelae actio fängt alſo an mit der geendigten Tutel (r), die der condictio indebiti mit der irrigen Zah-

(q) Es iſt alſo unrichtig, wenn Thon S. 36 behauptet, es ſey etwas Eigenthümliches bey den Delictsklagen, daß die Verjährung von einer Rechtsverletzung anfange. Er verwechſelt die in dem Delict ſelbſt enthaltene Rechtsverletzung mit der unterlaſſenen Zahlung; die erſte kommt allerdings nur bey Delicten vor, die zweyte iſt den Delicten mit anderen Obligationen gemein, und auf ſie allein bezieht ſich der Anfang der Klagverjährung.

(r) Nicht mit der Übernahme der Tutel, die allerdings den entfernteren Grund der Obligation enthält, ſo daß ſie den auf die Entſtehungszeit gegründeten Rang des ſtillſchweigenden Pfandrechts beſtimmt; auch nicht mit der einzelnen Handlung, wenn z. B. der Vormund während der Vormundſchaft Geld unterſchlägt. Die eigentliche Obligation, alſo die actio tutelae, entſteht erſt mit dem Ende der Tutel. *L. 4 pr. de tutelae* (27. 3.) „Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest.“

lung, die der Dotalklage mit dem Ende der Ehe (Note h). Denn in dieſen Zeitpunkten hat der Glaubiger, nach der Natur der erwähnten Rechtsverhältniſſe, die Zahlung zu erwarten, und wenn er nicht augenblicklich darauf klagt, ſo liegt darin der Anfang einer Verſäumniß, deren Ende den Verluſt der Klage durch Verjährung herbeyführt (s).

3) Eben ſo aber ſind auch die meiſten Obligationen aus Verträgen zu betrachten, nämlich alle diejenigen, in welchen nur nicht die nachfolgenden beſonderen Verwicklungen wahrzunehmen ſind. Es gehören alſo dahin bey den Römern alle Klagen aus einfachen, nicht durch Bedingung oder Zeit beſchränkten, Stipulationen; bey uns wie bey den Römern, alle Klagen auf einzelne Leiſtungen aus Verträgen, wenn der Glaubiger von ſeiner Seite Nichts zu leiſten, oder ſeine Verpflichtung ſchon erfüllt hatte, alſo unter andern alle Klagen der Kaufleute und Handwerker aus Rechnungen über gelieferte Waaren. Denn in dieſen Fällen iſt die Erwartung augenblicklicher Leiſtung durch die Natur des Rechtsverhältniſſes wohl begründet, es iſt alſo auch eine unzweifelhafte Verſäumniß, wenn es der Glaubiger unterläßt, dieſer Erwartung, inſofern ſie nicht freywillig erfüllt wird, durch Anſtellung einer Klage Nachdruck zu geben. Wollte man in dieſen Fällen nach 30 Jahren dem Beklagten zumuthen, eine anfängliche Aufforderung

(s) Mit Unrecht behauptet Burchardi Grundzüge des Rechtsſyſtems der Römer S. 194 Note 11, es liege hierin eine Eigenthümlichkeit der Quaſicontracte, da eigentlich noch eine Verweigerung hinzukommen müßte.

und Verweigerung zu beweiſen, ſo würde das wohlthätige Inſtitut der Verjährung praktiſch faſt ganz vernichtet ſeyn; denn gerade wenn es zu einer ſolchen ausgeſprochenen Verweigerung gekommen iſt, wird faſt immer die Klage wirklich angeſtellt werden, ſo daß nur die übrigen Fälle von praktiſcher Erheblichkeit für die Verjährung ſind.

Es iſt wohl zu bemerken, daß dieſe Anwendung der Klagverjährung für das wirkliche Leben die allerwichtigſte iſt. Denn ſie betrifft die unzähligen Verhältniſſe des täglichen Verkehrs, deren vorübergehende Natur und geringe Erheblichkeit eine geringere Sorgfalt in Aufbewahrung der Beweismittel zur unausbleiblichen Folge hat. Zugleich iſt bey dieſen das Daſeyn der oben (§ 237) dargeſtellten Gründe der Verjährung recht einleuchtend. Denn wenn die Erben eines Kaufmanns oder Handwerkers nach mehr als 30 Jahren aus den Büchern ihres Erblaſſers Klagen erheben, ſo iſt gewiß die Wahrſcheinlichkeit vorhanden, daß die Rechnung längſt bezahlt ſey, und zugleich die Gewißheit einer großen Nachläſſigkeit der Eintreibung für den Fall, daß dennoch die Eintreibung unterblieben ſeyn ſollte.

Durch dieſe Betrachtung ſind neuere Geſetzgebungen bewogen worden, für die erwähnten Verhältniſſe des täglichen Verkehrs ſehr kurze Verjährungsfriſten vorzuſchreiben (t), und auch dieſe Beſtimmung iſt gewiß dem wahren Bedürfniß, und beſonders auch dem richtig verſtandenen Intereſſe der Glaubi-

(t) Code civil art. 2271 und fg. — Preußiſches Geſetz vom 31. März 1838 über kürzere Verjährungsfriſten (Geſetzſammlung 1838 S. 249).

ger, ſehr angemeſſen. Um ſo mehr aber müſſen wir uns ſchon hüten, im gemeinen Recht die Schwierigkeit, die in dem langen Zeitraum von 30 Jahren liegt, durch willkührliche Forderungen für den Anfang der Verjährung faſt bis zur Unmöglichkeit zu ſteigern.

§. 240.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Fortſetzung.)

Es bleibt nun noch übrig, diejenigen Arten der perſönlichen Klagen zu erwägen, in welchen die Anwendung der im § 239. aufgeſtellten Regel entweder ohne Grund bezweifelt worden iſt, oder in der That modificirt werden muß.

A) Wenn bey einem zweyſeitigen Vertrag, z. B. einem Kauf, noch kein Theil erfüllt hat, ſo ſoll, wie Manche glauben, die Verjährung keiner der beiden Klagen anfangen, weil jede derſelben, wegen der entgegenſtehenden exceptio non impleti contractus, noch nicht actio nata ſey (a).

Wäre dieſe Behauptung richtig, ſo läge darin ein Nachtheil für den gewiſſenhaften, pünktlichen Contrahenten, ein Vortheil für den ſäumigen, indem dieſer keine Verjährung für ſeine eigene Klage zu befürchten hätte, ſo lange er mit ſeiner Leiſtung an den Gegner im Rückſtand wäre. Daß ein ſo rechtswidriger Erfolg nicht zuzulaſſen iſt, wird bey ruhiger Betrachtung leicht zugegeben werden; es fragt ſich aber, wie ihm zu begegnen ſeyn möge. — Unterholzner

(a) Thibaut Pandekten § 1020.

beruft ſich auch hier auf die Regel, daß die Verjährung einer noch nicht vorhandenen Klage dennoch anfange, wenn nur die Entſtehung derſelben durch die bloße Willkühr des künftigen Klägers bewirkt werden könne (b); dieſe Regel ſelbſt iſt jedoch ſchon oben (§ 239) widerlegt worden. — In der That aber iſt es ganz unrichtig, die Entſtehung des Klagrechts von der Möglichkeit oder Beſeitigung der erwähnten Exception abhängig zu denken. Die Klagen aus dem Vertrag ſind völlig begründet von der Zeit des Abſchluſſes an; jeder Theil kann ſie ſogleich anſtellen, und tritt alſo, wenn er es unterläßt, ſogleich in den Zuſtand der Verſäumniß ein, durch deſſen hinreichende Fortdauer die Verjährung bewirkt wird. Keine Exception ſchließt das Daſeyn eines Klagrechts, und die Möglichkeit es auszuüben oder zu verſäumen, aus; ſchon deswegen nicht, weil es ganz ungewiß iſt, ob die Exception vorgebracht werden, und ob ihr der Richter Erfolg geben wird; am wenigſten aber eine Exception wie die hier erwähnte, die einen ganz dilatoriſchen Character hat, und nie zur gänzlichen Freyſprechung des Beklagten führt (c), ſo daß alſo in jedem Fall die Klage wenigſtens mit dem Erfolg ſicher angeſtellt werden kann, daß dadurch die Verjährung unterbrochen wird (d).

(b) Unterholzner II. § 260.

(c) *L.* 13 § 8 *de act. emti* (19. 1.) „ . . *nondum* est ex emto actio: venditor enim, *quasi pignus*, retinere potest eam rem, quam vendidit." Die Worte: nondum *est* actio dürfen hier nicht zu buchſtäblich genommen werden; man muß hinzufügen: cum effectu.

(d) Die richtige Anſicht haben Bangerow I. S. 170. 171. Sie-

Die für dieſen Fall entſtandenen Zweifel ſind alſo ohne Grund, und die im vorigen §. entwickelte Regel kommt rein zur Anwendung. Denn mit dem Abſchluß des Kaufes iſt für jeden Theil die Erwartung entſtanden, daß der Gegner ſogleich erfüllen werde, wie es der Natur des Kaufs angemeſſen iſt; mit dieſer Erwartung aber entſteht zugleich das Klagrecht, und die Möglichkeit, deſſen Ausübung zu verſäumen.

B) Schwieriger ſind diejenigen Fälle, worin das Rechtsverhältniß ſelbſt zunächſt auf einen dauernden Zuſtand führt, deſſen Ende jedoch in der Willkühr des Glaubigers ſteht. Die perſönliche Klage, wodurch er die Änderung jenes Zuſtandes bewirken kann, iſt wie jede andere Klage der Verjährung unterworfen; aber der Anfangspunkt dieſer Verjährung iſt es, welcher von jeher die größten Streitigkeiten veranlaßt hat. Die wichtigſten Fälle, die hierher gehören, ſind folgende: das unverzinsliche Darlehen (e); das Depoſitum, Commodat, und Precarium (f); das Einlöſungsrecht wegen eines im Beſitz des Glaubigers befind-

rulffI. S. 193. 197. —

(e) Das unverzinsliche allein kommt hier in Betracht, weil das verzinsliche, durch die damit verbundene periodiſche Leiſtung, zur folgenden Klaſſe der Obligationen gehört.

(f) Bey dem Precarium macht es für den Anfang der Klagverjährung keinen Unterſchied, ob man die ältere Römiſche Anſicht (des auf ein Delict gegründeten Interdicts) zum Grunde legt, oder die neuere, nach welcher es als Vertrag behandelt wird. Denn nach dieſer letzten Anſicht hat es ganz dieſelbe Natur wie das Commodat; nach der erſten kann von einem Misbrauch des Zutrauens, worin das Weſen dieſes Delicts liegt, nicht früher die Rede ſeyn, als der Geber die Sache zurückfordert, und der Empfänger ſie verweigert.

lichen Pfandes (a. pignoratitia directa); die a. venditi aus einem Vertrag de retrovendendo. — Die vier erſten Fälle ſind ganz gleichartiger Natur; bey den zwey letzten kommen noch beſondere Rückſichten in Betracht.

Ich betrachte zuerſt das unverzinsliche Darlehen, und zwar dieſes in ſeiner einfachſten Geſtalt, wenn es ganz unbeſtimmt gegeben iſt, ohne ausdrückliche Abrede über die Art der Rückgabe. Hier hat der Glaubiger nach der Natur des Rechtsverhältniſſes zunächſt die Rückgabe durchaus nicht zu erwarten, da mit ſeinem ausgeſprochnen Willen der Empfänger das geliehene Geld auf unbeſtimmte Zeit hat und genießt. Fehlt es nun an dieſer natürlichen Erwartung, ſo giebt es auch noch keine Klage zu deren Unterſtützung, alſo iſt auch der Anfang einer Klagverjährung unmöglich. Dieſe ſetzt Nachläſſigkeit voraus, und wo wäre hier eine ſolche zu finden? Niemand wird ſagen, daß das Darlehen an ſich ſchon eine Nachläſſigkeit in ſich ſchließe. Alſo könnte dieſelbe nur darin gefunden werden, daß der Glaubiger das Darlehen allzu lang beſtehen ließe, ohne es entweder einzufordern oder durch einen neuen Schuldſchein zu ſichern. Allein Dieſes müßte doch durch poſitives Geſetz vorgeſchrieben ſeyn, ſchon deswegen, weil es ſonſt an einem beſtimmten Gränzpunkt der Nachläſſigkeit fehlen würde, welcher zugleich den Anfang der Verjährung begründen könnte. — Beſonders einleuchtend wird die Wahrheit dieſer Behauptung, wenn man den vorliegenden Fall mit den im vorhergehenden §. betrachteten Fällen vergleicht. Auch

der Kaufmann oder Handwerker, der eine Rechnung übergiebt, kann mit der Einforderung warten, und wird es meiſt thun; das iſt Connivenz, die der Natur des Rechtsverhältniſſes völlig fremd iſt, und die eine verdoppelte Aufmerkſamkeit nöthig macht, wenn ſie nicht den Character der Nachläſſigkeit annehmen ſoll. Ganz anders bey dem Darlehen, bey welchem der Schuldner das Geld hat und behält, nicht aus Connivenz des Glaubigers, ſondern nach dem weſentlichen Inhalt des Vertrags ſelbſt. Hier fängt alſo die Verjährung von dem Empfang des Darlehens nicht an, weil keine Veranlaſſung zur Klage, keine Verletzung, vorhanden iſt. Dagegen würde es auch hier ganz unrichtig ſeyn, eine Verweigerung zu fordern. Es iſt genug, wenn der Glaubiger das Geld zurückfordert, mag auch der Schuldner dieſe Forderung unbeantwortet laſſen; die Verjährung fängt an, weil der Wille des Glaubigers, daß der Schuldner das Geld genieße, aufgehört hat.

Mit einigem Schein iſt gegen dieſe Anſicht folgende Stelle des Römiſchen Rechts geltend gemacht worden (g):

> Sin autem communes numos credam, aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio*, et liberatio.

Alſo, ſagt man, fängt die Darlehnsklage augenblicklich mit dem gegebenen Darlehen an, nicht erſt mit der Kündigung. Allein dieſe Worte erhalten ihre Erklärung aus den vorhergehenden. Wenn mit fremdem Gelde ein Dar-

(g) *L.* 94 § 1 *de solut.* (46. 3.)

lehen gegeben, oder eine Zahlung geleiſtet wird, ſo ſind dieſe Rechtsgeſchäfte zunächſt unwirkſam, weil der Eigenthümer das Geld vindiciren kann; ſie werden gültig durch die Conſumtion von Seiten des Empfängers, weil dieſe das Eigenthum zerſtört (h). Zu dieſer Regel fügt die oben abgedruckte Stelle eine natürliche Beſchränkung hinzu, für den Fall daß der Geber des Geldes zu einem idealen Theil Eigenthümer deſſelben wäre: nun ſoll in Anſehung dieſes Theils ſein Darlehen oder ſeine Zahlung ſogleich vollgültig ſeyn. Das confeſtim alſo bezeichnet hier augenſcheinlich den Gegenſatz gegen die außerdem erforderliche Conſumtion, nicht gegen die Kündigung des Darlehens, von welchem letzten Gegenſatz in der ganzen Stelle gar nicht die Rede iſt.

Der Fall des Darlehens kann aber noch in folgenden zuſammengeſetzteren Geſtalten vorkommen. Zuerſt wenn daſſelbe gleich Anfangs für einen beſtimmten Zeitraum gegeben iſt. Nun fängt unzweifelhaft die Verjährung mit dem Ablauf dieſes Zeitraums an; nicht früher, weil der Glaubiger nicht früher klagen kann; nicht ſpäter, weil mit jenem Zeitpunkt die im Vertrag ausgeſprochene Einwilligung des Glaubigers in des Schuldners Benutzung des Geldes aufhört. Jetzt iſt alſo, nach dem Inhalt des Vertrags, die freywillige Rückgabe des Geldes augenblicklich zu erwarten, und wenn der Glaubiger die Unterlaſſung

(h) *L.* 13 *pr.* § 1 *de reb. cred.* (12. 1.).

derselben stillschweigend duldet, so ist dieses wieder bloße Connivenz, dem Inhalt des Rechtsgeschäfts fremd (h[1]).

Manche glauben, das Darlehen erhalte eine besondere Natur, wenn der Schuldner ausdrücklich verspreche, das Geld nach Kündigung zurück zu geben; darin soll eine Bedingung liegen, mit deren Eintritt erst die Klage entstehen könne, selbst nach der Meynung Derjenigen, die in dem bisher betrachteten einfachsten Fall die Klage gleich bey dem Abschluß des Darlehens entstehen lassen. Diese Meynung ist zu verwerfen, weil in jenen Worten nur die überflüssige Wiederholung einer Bestimmung liegt, die sich nach der Natur des Darlehens ohnehin von selbst versteht, so daß die Behandlung derselben als einer Bedingung, gezwungen und der Absicht der Parteyen fremd seyn würde. Gerade so ist auch in einer Stipulation der Ausdruck cum petiero weder als Bedingung, noch als dies zu betrachten, sondern blos als Einschärfung der ohnehin vorhandenen Verpflichtung (i).

Selbst wenn die bedungene Kündigung mit einer Frist versehen ist, z. B. Drey Monate nach Kündigung, darf Dieses nicht als Bedingung betrachtet werden, sondern blos als ein zum Schutz des Schuldners hinzugefügter dies, damit der Schuldner nicht von der Kündigung

(h[1]) Ob durch den bloßen Eintritt des bedungenen Tages von selbst die Mora entsteht, oder ob dazu eine Mahnung erfordert wird, ist eine bekannte Streitfrage, die aber nicht hierher gehört, da die Bedingungen der Mora mit dem Anfang der Verjährung Nichts gemein haben (§ 239).

(i) *L.* 48 *de V. O.* (45. 1.), vgl. oben B. 3 § 117 S. 129.

überraſcht werde, ſondern Zeit behalte, das Geld herbey zu ſchaffen. Nur hat natürlich dieſe Beſtimmung den beſondern Einfluß, daß die Verjährung nicht unmittelbar mit der Kündigung anfängt, ſondern Drey Monate nachher, weil erſt in dieſem Zeitpunkt geklagt werden kann. — Daſſelbe muß gelten, wenn eine ſolche Friſt nicht durch den Vertrag, ſondern durch ein beſonderes Landesgeſetz vorgeſchrieben iſt (k).

Die hier aufgeſtellten Regeln über den Anfang der Klagverjährung bey unverzinslichen Darlehen ſind praktiſch wenig wichtig und gefährlich. Unverzinsliche Darlehen von bedeutenden Summen und auf lange Zeiten kommen ſehr ſelten vor, und wenn ein ſolches einmal durch ungewöhnliche Umſtände veranlaßt werden ſollte, ſo liegt darin für alle Theile eine Aufforderung zu beſonderer Vorſicht, wodurch ohnehin jeder Nachtheil abgewendet werden kann.

Die eben erörterte Frage iſt übrigens ſehr beſtritten. Mehrere Schriftſteller nehmen die hier vertheidigte Meynung an (l). — Andere behaupten im ſtrengſten Gegenſatz, daß die Verjährung anfange mit dem abgeſchloſſenen Darlehen, wobey ſie nur bey bedungener Kündigungsfriſt die Dauer dieſer Friſt hinzu ſetzen (m). Dieſe

(k) Nach dem Preuſſiſchen Landrecht I. 11 § 761. 762 gilt eine Friſt von Drey Monaten, wenn das Darlehen mehr als 50 Thaler beträgt, außerdem Vier Wochen.

(l) Rave § 135. Kierulff S. 194. 195. 197.

(m) Unterholzner II. § 260. Kind quaest. for. Vol. 3 C. 35.

berufen sich auf die oben widerlegte Regel, nach welcher die Verjährung anfangen soll, wenn nur die Entstehung des (noch nicht vorhandenen) Klagrechts in der Macht des Berechtigten stehe (§ 239). — Nach einer mittleren Meynung soll die bedungene, und mit einer Frist versehene, Kündigung als Bedingung angesehen werden, mit deren Eintritt das Klagrecht und die Verjährung desselben anfange; wenn dagegen der Vertrag eine Kündigung ohne Frist erwähnt, oder darüber ganz schweigt, so soll das Klagrecht und die Verjährung anfangen mit dem abgeschlossenen Darlehen (n).

Die Regel, welche das preußische Landrecht über diese Frage enthält, ist von unsicherem Ausdruck (o). In der Praxis wird die von Unterholzner vertheidigte Meynung angenommen, nach welcher die Verjährung anfängt mit dem abgeschlossenen Vertrag, nur etwa mit Hinzurechnung der bedungenen Kündigungsfrist (p).

(n) Thon S. 2. 9—16. 33—54. Für den ersten Fall stimmt er in dem Resultat mit mir überein; für den zweyten in dem Resultat mit Unterholzner, jedoch auch nicht in den Gründen.

(o) A. L. R. I. 9 § 545 „Gegen andere Rechte fängt die Verjährung von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte." Bey der Allgemeinheit dieser Regel ist es nicht klar, ob sie auch auf solche Fälle, wie das Darlehen, gehen soll, oder nur auf die Fälle, worin die augenblickliche Zahlung ohnehin zu erwarten ist, wie bey gelieferten Waaren. — Nach einem früheren Entwurf von Kircheisen sollte die Verjährung in der Regel anfangen von dem Tage der Ausstellung des Instruments (d. h. vom gegebenen Darlehen an); nur wenn ausdrücklich eine Aufkündigung bedungen sey, von der Zeit dieser Aufkündigung. Simon und Stramff Zeitschrift B. 3 S. 442 § 912—914.

(p) Simon und Strampff

Die für das unverzinsliche Darlehen aufgeſtellte Regel iſt eben ſo anzuwenden bey dem Commodat, Depoſitum, Precarium. Denn in dieſen drey Rechtsgeſchäften beſitzt der Empfänger die Sache mit dem erklärten Willen des Gebers, verletzt alſo nicht deſſen Recht, und der Vertrag ſelbſt erregt auf keine Weiſe die Erwartung einer augenblicklichen Rückgabe. Die Verjährung fängt alſo erſt an, wenn der Geber die Sache zurück fordert. Nach der Meynung der Gegner ſoll ſie anfangen von dem erſten Empfang an, weil der Geber die Sache ſogleich zurück fordern kann, wovon dann die Entſtehung des Klagrechts die Folge iſt. Nur wenige beſondere Bemerkungen ſind für dieſe Fälle nöthig. — Bey dem Commodat wird häufig nicht eine Zeit, wohl aber ein Ziel des Gebrauchs beſtimmt, wenn z. B. ein Pferd oder ein Wagen zu einer beſtimmten Reiſe geliehen wird. Mit der Beendigung dieſer Reiſe fängt die Klagverjährung an, weil nun der im Vertrag ausgeſprochene Wille des Gebers, daß der Empfänger die Sache gebrauche, aufhört. Der Fall iſt alſo ganz ähnlich dem Fall des Darlehens, welches auf Ein Jahr gegeben wird. — Bey dem Depoſitum hat man einen Gegengrund aus einer Stelle hernehmen wollen, die vielmehr als Beſtätigung der hier vorgetragenen Meynung anzuſehen iſt (q):

Entſcheidungen des Obertribunals B. 3 Num. 20 S. 165 fg.

(q) *L.* 1 § 22 *depositi* (16. 3.)

Est .. scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi actione agere.*

Nimmt man dieſe Worte außer ihrem Zuſammenhang, ſo könnte man in dieſelben den Sinn legen, die Klage (alſo auch der Anfang der Verjährung) entſtehe ſogleich, nicht erſt im Augenblick der Rückforderung; allein die unmittelbar folgenden Worte zeigen deutlich, daß von dieſem Gegenſatz gar nicht die Rede iſt:

hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, *quod reposcenti rem non reddat.*

Man pflegte nämlich die Regel aufzuſtellen, die actio depositi werde nur durch den Dolus des Empfängers begründet. Dieſer Ausdruck konnte zu dem Misverſtändniß führen, als müſſe der Geber warten, bis der Empfänger die Sache verbraucht oder veräußert habe. Dagegen wird hier von Julian und Ulpian gewarnt, mit der Bemerkung daß auch die bloße Verweigerung ein ſolcher Dolus ſey, der die Klage erzeuge. Hier iſt ſogar ausdrücklich die erfolgloſe Rückforderung als Entſtehung der Klage bezeichnet, nicht das urſprüngliche Hingeben der Sache.

§. 241.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Fortſetzung.)

Wichtiger als die zuletzt erwähnten Fälle, aber mit ihnen ganz gleichartig, iſt ein Fall, der ſchon vom zwölften Jahrhundert an die Aufmerkſamkeit der Schriftſteller

auf ſich gezogen hat. Wenn ein Schuldner dem Glaubiger ein Pfand in Beſitz giebt, Dieſes aber ſpäter wieder einlöſen will, ſo entſteht die Frage, von welchem Zeitpunkt die Verjährung der hierauf zu richtenden actio pignoratitia anfange.

Nach der eben entwickelten Anſicht kann die Entſcheidung dieſer Frage nicht zweifelhaft ſeyn. Der Glaubiger beſitzt mit des Schuldners Willen, verletzt alſo deſſen Recht auf keine Weiſe, und es iſt keine Veranlaſſung zur Klage vorhanden, da dem Glaubiger keine in der Natur des Rechtsverhältniſſes liegende Erwartung getäuſcht wird. Von einer Nachläſſigkeit des Schuldners kann nicht die Rede ſeyn, da der gegenwärtige factiſche Zuſtand auf dem übereinſtimmenden Willen beider Theile beruht, und vielleicht beiden gleich vortheilhaft und erwünſcht iſt. Ja es iſt hier dieſe Entſcheidung noch weit einleuchtender, als in den bisher betrachteten Fällen. Denn in dieſen kam es blos auf den veränderten Willen des urſprünglichen Gebers an, um das Klagrecht zu erzeugen; hier iſt der bloße Wille nicht hinreichend, ſondern es muß eine wichtige, oft ſehr ſchwierige, That hinzu kommen, wenn das Klagrecht entſtehen ſoll: die Befriedigung des Glaubigers. Erſt wenn dieſe That vollzogen iſt, kann die actio pignoratitia entſtehen, ja es bedarf nun nicht einmal einer ausdrücklichen Rückforderung, da durch die bloße Befriedigung des Glaubigers der Rechtsgrund zerſtört wird, aus welchem er bisher das Pfand beſaß.

Hier nun findet ſich ſogar eine ausdrückliche Anerkennung der aufgeſtellten Behauptung in folgender Stelle (a):

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pignoratitia actio.*

Iſt alſo vor der Befriedigung des Glaubigers noch nicht actio nata, wie hier geradezu geſagt wird, ſo kann auch, nach dem oben aufgeſtellten Grundſatz (§ 239), nicht früher die Verjährung beginnen.

Eine Beſtätigung liegt auch in einer Beſtimmung des Weſtphäliſchen Friedens. Die Einlöſung von verpfändeten Gütern iſt nämlich zu allen Zeiten ein wichtiger Gegenſtand ſtaatsrechtlicher Verhandlungen geweſen, indem oft ganze Territorien mit übertragenem Beſitz verpfändet wurden. Hierüber nun wird in jenem Friedensſchluß beſtimmt, daß die Einlöſung der von einem Reichsſtand an den andern gegebenen Pfandſchaften ſelbſt nicht durch unvordenklichen Beſitz ausgeſchloſſen ſeyn ſolle, woraus gewiß um ſo mehr die Ausſchließung der gewöhnlichen Verjährung folgt (b). Als Geſetz für das Privatrecht ſollte dieſe Beſtimmung nicht gelten, aber ſie enthält wenigſtens eine unzweydeutige Erklärung der Reichsſtaatsgewalt über die vorliegende Frage überhaupt. Wenn dagegen in dem-

(a) *L.* 9 § 3 *de pign. act.* (13. 7.).

(b) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5. § 27. Allerdings wird hinzugeſetzt, bey dem Antrag auf Einlöſung ſollten die Exceptionen des Gegners gehört werden; allein dieſe beziehen ſich augenſcheinlich nicht auf die Verjährung, ſondern auf die Verwendungen des Pfandbeſitzers für das verpfändete Gut, auf die Richtigkeit der Einlöſungsſumme wegen des oft veränderten Münzfußes u. ſ. w.

ſelben Friedensſchluß, und eben ſo in der Wahlcapitulation, beſtimmt wird, daß die vom Reich an einzelne Stände gegebenen Pfandſchaften unwiderruflich ſeyn ſollen (c), ſo hat dieſe Beſtimmung mit der vorliegenden Rechtsfrage über die Verjährung ſchon deshalb keinen Zuſammenhang, weil darin die längere oder kürzere Zeit des Beſitzes gar nicht unterſchieden wird; ſie hat überhaupt keine juriſtiſche Grundlage, und gehört vielmehr in die große Reihe von Conceſſionen des Kaiſers an die Stände, wodurch die Macht derſelben ſtets erweitert wurde, wie es einem Wahlkaiſer gegenüber wohl zu erwarten war.

Die eben erörterte Frage über die Einlöſung verpfändeter Sachen iſt ſchon unter den Gloſſatoren Gegenſtand des lebhafteſten Streites geweſen (d). Späterhin hat ſich eine überwiegende Zahl bedeutender Schriftſteller für die hier vertheidigte Meynung erklärt, und ſie iſt durch zahlreiche Urtheile angeſehener Gerichte beſtätigt worden (e). Dennoch hat auch die entgegengeſetzte Meynung bis in die neueſte Zeit Vertheidiger gefunden. Dieſe berufen ſich auf die oben widerlegte Regel, nach welcher die Verjährung einer noch nicht vorhandenen Klage dennoch anfangen ſoll, wenn nur die Entſtehung derſelben ganz in der Macht des

(c) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5. § 26. Cap. Caes. Art. 10 § 4.

(d) Dissensiones Dominorum ed. Haenel p. 27. 78. 195. 477—480.

(e) Cujacii paratit. in Cod. 7. 39 und; Comm. in tit. D. de usurp., L. 13. Giphanius p. 248. Glück B. 14 S. 170—177. Thibaut Verjährung S. 123, Pandekten § 1020. Thon S. 16 S. 20—26, wo die Einwürfe der Gegner gut widerlegt werden.

Klägers liege; Dieses nun sey hier stets anzunehmen, weil das mögliche Hinderniß, wenn etwa der Schuldner kein Geld zur Einlösung habe, als ein blos factisches, gar nicht beachtet werde (f).

Bey diesem wichtigen Fall sind noch einige Nebenfragen zu berücksichtigen. Von der Unverjährbarkeit des Einlösungsrechts kann selbst dann keine Ausnahme gelten, wenn dem Schuldner die Schuld ohne Erfolg gekündigt ist. Allerdings ist er nun nachlässig zu nennen, aber nicht in der Rückforderung des Pfandes (welches noch immer seinen ursprünglichen Zweck vollständig erfüllt), sondern in der Bezahlung der Schuld; in dieser Beziehung ist er in Mora, und es treffen ihn die mit dieser verbundenen Nachtheile. — Man könnte glauben, eine Ausnahme müsse wenigstens dann gelten, wenn von der andern Seite die Schuldklage verjährt sey, weil sonst unbilligerweise der Schuldner das Pfand zurück bekomme, ohne die Schuld zu bezahlen. Allein dieser Fall kann nicht vorkommen, weil in dem Besitz des Pfandes eine stets wiederholte Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners liegt, wodurch die Verjährung der Schuldklage ausgeschlossen wird (g). — Endlich ist wohl zu bemerken, daß die Unverjährbarkeit der actio pignoratitia nur auf die Einlösung des Pfandes zu beziehen ist, nicht auf andere mögliche Gegenstände. Wenn also der Glaubiger die verpfändete Sache zerstört oder

(f) Unterholzner II. § 264.
(g) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

beſchädigt, ſo erwirbt dadurch der Schuldner Geldforderungen, die gleichfalls mit der actio pignoratitia verfolgt werden; dieſe aber ſind der gewöhnlichen Klagverjährung unterworfen, welche von dem Augenblick der verletzenden Handlung anfängt.

Endlich der letzte zu dieſer Klaſſe von Obligationen gehörende Fall iſt der des Wiederkaufs. Wenn ein Verkäufer durch Nebenvertrag das Recht vorbehält, die Sache nach einſeitiger Willkühr zurück zu kaufen, ſo kann er dieſes Recht durch die actio venditi geltend machen, und es entſteht auch hier die Frage nach dem Anfang der Verjährung dieſer Klage. Nach mehreren Schriftſtellern ſoll die Verjährung anfangen von dem geſchloſſenen Vertrag, oder wenigſtens von der Übergabe an, weil der Verkäufer ſein Recht und die Klage zu deſſen Schutz ſogleich gebrauchen könne (h). Nach dem von mir aufgeſtellten Grundſatz fängt ſie erſt an, wenn der erſte Verkäufer die Abſicht des Rückkaufs ausgeſprochen hat. Unmöglich kann man ſagen, daß ſchon durch die Übergabe die Erwartung begründet ſey, der Käufer werde die Sache ſogleich von ſelbſt zurückgeben; darauf gieng gar nicht die Abſicht, ja der Käufer wäre dazu nicht einmal berechtigt, da der Vorbehalt dem Verkäufer ein einſeitiges Recht giebt. Der factiſche Zuſtand bis zum erklärten Rückkauf gründet ſich auf den Willen des Verkäufers, und giebt zu keiner Klage Veranlaſſung; das Verhältniß iſt in dieſer Hinſicht ganz

(h) Thon S. 3. Wangerow I. S. 171.

ähnlich dem auf unbeſtimmte Zeit und Benutzung gegebenen Commodat (i).

Übrigens iſt dieſer Fall von geringer Erheblichkeit. Er ſetzt voraus, daß der Rückkauf auf unbeſtimmte Zeit, alſo für immer, vorbehalten ſey, und dieſer Fall iſt gewiß ſehr ſelten. Faſt immer wird dafür eine beſtimmte Zeit, und zwar meiſt eine ſehr kurze, ausbedungen ſeyn; iſt nun dieſe unbenutzt abgelaufen, ſo hat das Recht ſelbſt aufgehört, und es iſt alſo keine Klage mehr übrig, von deren Verjährung die Rede ſeyn könnte.

C) Es bleibt endlich noch eine dritte Klaſſe von Obligationen zu betrachten übrig, welche in Beziehung auf den Anfang der Verjährung eine beſondere Natur haben: die mit periodiſchen Leiſtungen verbundenen Obligationen. Dieſer Fall aber kommt wieder in folgenden verſchiedenen Geſtalten vor. Die periodiſche Leiſtung kann die Acceſſion einer Hauptſchuld ſeyn, oder aber für ſich allein ſtehen, als einziger Gegenſtand einer Obligation. Im erſten Fall kann die Verjährung in Frage geſtellt werden entweder für die Hauptſchuld, oder für einzelne periodiſche Leiſtungen.

1) Verjährung einer Hauptſchuld, wenn mit derſelben periodiſche Leiſtungen als Acceſſionen verbunden ſind.

Der Hauptfall dieſer Art iſt das verzinsliche Gelddarlehen, und es iſt dabey gleichgültig, ob die Schuld gleich Anfangs als Darlehen entſtanden war, oder ob irgend

(i) Glück B. 1 S. 116 B. 16 §998. Thibaut Verjährung S. 124. Kierulff I. S. 194.

eine andere Schuld zinstragend gemacht wurde, und dadurch die Natur eines Darlehens annahm.

Hier gilt die Regel, daß die Verjährung der Hauptſchuld anfängt mit dem Zeitpunkt, worin zuerſt eine Zinszahlung ausgeblieben iſt (k). Sie fängt nicht früher an, weil in jeder geleiſteten Zinszahlung eine Anerkennung der Hauptſchuld liegt, die bis zum nächſten Zinstermin fortwirkt (l); nicht ſpäter, weil in jeder unterlaſſenen Zinszahlung eine Verletzung des Rechts liegt, wodurch der Glaubiger zur Klage veranlaßt werden muß. Man könnte zwar annehmen, die Verletzung betreffe nur den einzelnen Zinsposten, nicht das Kapital, ſo daß auch nicht die Kapitalklage, ſondern nur die Klage auf den fälligen Zinsposten zu verjähren anfange. Allein die natürlichere Anſicht iſt wohl die, daß der Glaubiger ſein Recht auf das Kapital und die Zinſen als ein ungetrenntes Ganze denkt, und daher in der partiellen Verletzung eine Veranlaſſung findet, auch das Kapital einzuklagen, oder wenigſtens durch beſondere Thätigkeit gegen Verjährung zu verwahren (m).

(k) Verſteht ſich, wenn von da an die Unterlaſſung der Zinszahlung ſtets fortgedauert hat; denn jede folgende Zinszahlung, wie mangelhaft und unregelmäßig ſie auch ſey, unterbricht wieder, als neue Anerkennung der Hauptſchuld, die ganze Verjährung.

(l) Mit Rückſicht hierauf giebt Juſtinian dem Glaubiger das Recht, eine antapocha zu verlangen, um damit den Beweis zu führen, daß er die Zinſen empfangen habe. *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.). Im wirklichen Leben freylich ſind ſolche Gegenquittungen ganz ungewöhnlich.

(m) Dieſes geſchieht unter andern ſchon dadurch, daß er auch nur dieſen einzelnen Zinsposten wirklich einklagt. Der Satz gilt alſo in aller Strenge nur für den

Möchte auch diese Ansicht an sich bezweifelt werden, so hat sie doch in folgender Stelle des Römischen Rechts, deren praktischer und wohlthätiger Sinn nicht zu verkennen ist, bestimmte Anerkennung gefunden (n):

> Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Indem hier der Zeitpunkt der ausgebliebenen Zinszahlung bestimmt als Anfang der Verjährung bezeichnet wird, liegt darin die ganze Reihe der aufgestellten Behauptungen, das heißt die Ausschließung sowohl jedes früheren, als jedes späteren Anfangspunktes. Ganz unrichtig haben Manche diese Bestimmung des Anfangspunktes auf die Verjährung der bloßen Zinsklage bezogen (o); dafür bedurfte es keiner gesetzlichen Bestimmung, und es ist aus der ganzen Fassung des Gesetzes klar, daß der Kaiser einen Punkt gesetzlich bestimmen will, über welchen sich wohl eine andere Meynung denken ließe. Er sagt also:

Fall, wenn der Glaubiger, nachdem die Zinszahlungen ausgeblieben sind, ganz unthätig bleibt.

(n) *L.* 8 § 4 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(o) Schon die Glosse zu *L.* 7 § 4 *C. eod.* und D. Gothofredus in *L.* 8 § 4 *C. cit.* äußern sich in dieser Weise; noch bestimmter aber Kierulff S. 195, welcher den Grund geltend macht, man müßte sonst fälschlich annehmen, in den nicht bezahlten Zinsen liege eine Leugnung der Kapitalschuld. Diese ist niemals zum Anfang der Verjährung nöthig (§ 239), und liegt z. B. auch nicht darin, daß der Käufer unterläßt, das Kaufgeld zu bezahlen. Die richtige Meynung über diesen Punkt hat Thon S. 29—31.

bey zinstragenden Schulden ſollen die 30 Jahre für die Klage aus dem contractus (d. h. auf die Kapitalſchuld) anfangen, wenn zuerſt eine Zinszahlung ausbleibt.

Die aufgeſtellte Regel bedarf jedoch noch folgender näheren Beſtimmungen. Sie iſt nur wahr für den Fall eines auf ganz unbeſtimmte Kündigung gegebenen Darlehens, wie es ſich da, wo über das Ende gar Nichts geſagt iſt, ohnehin von ſelbſt verſteht. Iſt dagegen eine Kündigungsfriſt ausbedungen, z. B. von Drey Monaten, ſo fängt die Verjährung der Schuldklage erſt Drey Monate nach dem nicht eingehaltenen Zinstermin an, weil ſelbſt im Fall einer ausdrücklichen, in jenem Zeitpunkt ausgeſprochenen Kündigung, erſt nach Drey Monaten geklagt werden konnte. — Iſt für das ganze Darlehen ein beſtimmter Zeitraum, z. B. von Zehen Jahren, ausbedungen, ſo fängt die Verjährung erſt am Ende der Zehen Jahre an, ſelbſt wenn früher Zinſen ausgeblieben ſind, weil vor jenem Zeitpunkt in keinem Fall das Kapital eingeklagt werden konnte. Es kann aber auch in dieſem Fall die Verjährung einen ſpäteren Anfang haben. Iſt nämlich der Schuldner nach Ablauf der Zehen Jahre im Beſitz des Geldes geblieben und hat fernere Zinſen gezahlt, ſo liegt darin eine ſtillſchweigende Erneuerung des Darlehens, nun aber auf unbeſtimmte Kündigung. — Es kann geſchehen, daß weder die geleiſtete, noch die ausgebliebene Zinszahlung bewieſen werden kann, ja daß vielleicht beide Theile über dieſe Thatſache ſelbſt ungewiß ſind, z. B. wenn nach

dem Tode des Glaubigers und des Schuldners die Erben keine Kenntniß von den Geschäften ihrer Erblasser haben, auch keine Urkunden vorfinden. Man möchte glauben, da die Zahlung eine Thatsache sey, so müsse von Anfang an die Nichtzahlung angenommen werden, wenn die Zahlung nicht bewiesen werden könne; dieses wäre sehr hart für den Glaubiger, der wegen der Ungewöhnlichkeit der Gegenquittungen (Note l) sehr schwer den Beweis der empfangenen Zahlung führen kann. In der That aber muß der Schuldner den Beweis führen (p), weil die negative Thatsache der ausgebliebenen Zahlung gesetzlich als Anfangspunkt der Verjährung ausgedrückt ist (Note n). Ja selbst wenn man auf diesen Ausdruck kein Gewicht legen wollte, so würde doch weder für die Zahlung noch für die Nichtzahlung zu präsumiren seyn; dann wäre das Zinsverhältniß gar kein Moment für den Anfang der Verjährung, und der Fall wäre so zu behandeln wie der eines unverzinslichen Darlehens, wobey die erweisliche Kündigung den Anfangspunkt der Verjährung bestimmt (§ 240).

Dem verzinslichen Darlehen ähnlich ist der Pacht- und Miethvertrag. Auch hier ist jede geleistete Miethzahlung Anerkennung der Hauptschuld, also ein Hinderniß für die Verjährung der locati actio. Eben so aber muß auch die unterlassene Zahlung als Anfangspunkt der Verjährung dieser Klage angesehen werden, ganz nach der Ana-

(p) Dieses kann unter andern Mahnbriefe wegen unterlassener dadurch geschehen, daß wiederholte Zinszahlung vorgezeigt werden.

logie der Darlehenszinſen (q). Man könnte dagegen die geſetzliche Beſtimmung anführen, nach welcher die locati actio auf Rückgabe der Sache niemals verjähren ſoll; allein dabey iſt augenſcheinlich der Fall vorausgeſetzt, daß in der Zwiſchenzeit das Pachtverhältniß ſelbſt auf irgend eine Weiſe anerkannt worden iſt, ſo daß deswegen die Verjährung auf die Klagen wegen der einzelnen Zahlungen beſchränkt bleiben muß (r). — Iſt der Pacht- oder Miethvertrag für ein Grundſtück auf beſtimmte Zeit geſchloſſen, ſo tritt folgender Unterſchied von dem gleichartigen Geldbarlehen ein. Wenn die Zahlung des Pachtgeldes zwey Jahre ausgeblieben iſt, ſo darf der Verpächter den Pächter entſetzen (s); unterläßt er Dieſes, ſo fängt von dieſem Zeitpunkt die Verjährung der locati actio an.

Die Emphyteuſe iſt eigentlich gar keiner Kündigung unterworfen, ſo daß die unterlaſſene Zahlung des Canons keinen Einfluß auf die Klagverjährung wegen des Grundſtücks ſelbſt zu haben ſcheint. Allein wenn die Zah-

(q) Eine Beſtätigung dieſer gleichen Behandlung liegt darin, daß dem Verpächter, eben ſo wie dem Glaubiger aus einem verzinslichen Darlehen, das Recht eingeräumt wird, eine antapocha zu fordern, ſo oft er ſelbſt eine Quittung ausſtellt. *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.), „in praefatis casibus, *vel aliis privatis similibus* ..." ſ. o. Note 1.

(r) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) verb. „vel conductori." — Daß es ſo iſt, folgt unter andern aus *L.* 14 *C. de fundis patr.* (11. 61.), nach welcher ſelbſt bey Patrimonialgütern des Kaiſers das ademti canonis beneficium durch Klagverjährung gewonnen werden kann. — Allerdings wird aber die Sache für die locati actio nun verändert durch die im canoniſchen Recht für Fälle dieſer Art geforderte bona fides; davon wird weiter unten die Rede ſeyn.

(s) *L.* 54 § 1 *L.* 56 *locati* (19. 2.), *L.* 3 *C. eod.* (4. 65.).

lung des Canons und der Steuern Drey volle Jahre unterbleibt, so darf der Erbpächter entsetzt werden (t), und unterbleibt Dieses, so fängt nun die Verjährung der Hauptklage an, indem jetzt die Emphyteuse hierin auf gleiche Linie mit dem Vertrag über Zeitpacht tritt. — Man könnte glauben, diese Klage sey überhaupt aller Verjährung entzogen (u); diese Behauptung aber ist auf dieselbe Weise zu beseitigen, wie es so eben bey dem Zeitpachtvertrag geschehen ist.

2) Verjährung der periodischen Leistungen selbst, die eine accessorische Natur haben.

Wenn die Kapitalforderung durch Verjährung verloren wird, so sind zugleich die Klagen auf alle rückständige Zinsen mit verjährt, selbst wenn diese aus sehr neuer Zeit herrühren sollten (v). Der Grund dieser scheinbaren Anomalie liegt in der accessorischen Natur dieser Leistungen, womit die Verfolgung derselben nach verlorner Hauptklage im Widerspruch stehen würde. Dazu kommt der mehr praktische Grund, daß gerade bey Geldschulden die Klagverjährung auch auf der Präsumtion der Tilgung beruht (§ 237); ist aber wirklich die Tilgung erfolgt, so ist dadurch auch jeder fernere Anspruch auf Zinsen aufgehoben.

Wenn aber die Klage auf die Hauptschuld der Verjährung entzogen ist, z. B. durch erneuerte Anerkennung,

(t) *L.* 2 *C. de jure emph.* (4. 66.).

(u) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) verb. „ei, qui jure emphyteutico rem aliquam .. detinuerit" ..., s. o. Note r.

(v) *L.* 26 *C. de usuris* (4. 32.) Cujacius paratit. in Cod. 7. 39.

ſo verjährt die Klage auf jeden einzelnen Zinsposten für ſich, von der Zeit an, wo derſelbe fällig geworden iſt; eben ſo iſt es auch bey den Forderungen wegen Mieth- und Pachtgeld (w).

3) Die Klagen auf periodiſche Leiſtungen, die keine acceſſoriſche Natur haben, wie z. B. die durch Legat geſtifteten ewigen Renten, verjähren, eben ſo wie in dem zuletzt erwähnten Fall, jede für ſich, von der Zeit an, worin jede Leiſtung fällig wurde (x), ſo daß dieſe Verjährung auf das Recht im Allgemeinen keinen Einfluß hat. Wenn jedoch der Schuldner das Recht ſelbſt verneint, und deshalb die periodiſche Leiſtung unterläßt, ſo hat der Glaubiger Veranlaſſung, in ſeiner Klage auch dieſe allgemeine Grundlage ſeiner einzelnen Forderungen geltend zu machen. Unterläßt er nun demnoch jede Klage überhaupt, ſo geht ihm nach 30 Jahren das Klagrecht auch für alle ſpätere Leiſtungen verloren, wie wenn in gleichem Fall von den Zinſen eines Kapitals die Rede geweſen wäre (y).

§ 242.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Verſäumniß.

Die Verſäumniß, worauf das Weſen der Klagverjäh-

(w) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(x) Die *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) umfaßt offenbar auch dieſen Fall der ſelbſtſtändigen periodiſchen Leiſtungen.

(y) Unterholzner II. § 260.

rung beruht, muß ſich durch einen ganzen Zeitraum gleichmäßig hindurch ziehen. Iſt ſie alſo in irgend einem, zu jenem Zeitraum gehörenden, Zeitpunkt nicht vorhanden, ſo iſt die Verjährung unterbrochen, und Dasjenige, wodurch bisher der Weg zu ihr gebahnt wurde, iſt ſpurlos vernichtet. Es kann vielleicht ſpäter eine neue Verjährung anfangen, dieſe iſt aber von der früher angefangenen ganz unabhängig, und kann an dieſelbe auf keine Weiſe angeknüpft werden.

Die Unterbrechung kann geſchehen auf dreyerley Weiſe: durch Aufhebung der Verletzung, durch Anerkenntniß des Rechts von Seiten des Gegners, durch Anſtellung der Klage.

I. Aufhebung der Verletzung.

Sie zerſtört immer das bisher beſtehende Klagrecht (§ 230), alſo auch die auf dieſes bezügliche Verjährung, ſo daß künftig nur etwa eine neue, der früheren ähnliche, Klage entſtehen kann, deren Verjährung dann aber mit der früheren keinen Zuſammenhang hat.

Es iſt in dieſer Beziehung gleichgültig, ob jene Aufhebung kurz oder lang dauerte; imgleichen ob zugleich der Verletzte den Genuß ſeines Rechts wieder erhielt oder nicht. Daher iſt die Verjährung der Eigenthumsklage gleichmäßig unterbrochen, der Beſitz mag wieder an den Eigenthümer zurück gekehrt, oder an einen Dritten durch deſſen eigenmächtige Handlung (nicht durch ein Rechtsgeſchäft) gelangt ſeyn.

Die Natur einer ſolchen Unterbrechung hat bey einer Schuldklage der Fall, wenn der Gläubiger den Beſitz der ihm verpfändeten Sache erlangt (a). Man kann dieſen Beſitz betrachten als den Genuß der Forderung ſelbſt, nämlich ihres Geldwerths, wegen der in dem Pfandrecht enthaltenen Befugniß, das Pfand zu verkaufen, und ſich mit dem erlöſten Gelde bezahlt zu machen (b).

II. Anerkenntniß des Rechts von Seiten des Gegners; dadurch iſt ſowohl die Nachläſſigkeit des Berechtigten, als die Präſumtion der Tilgung, die aus der bisherigen Verſäumniß entſtand, aufgehoben, und es kann eine neue Verjährung nur von dem Zeitpunkt des Anerkenntniſſes anfangen. Jedoch kann dieſe wichtige Wirkung nicht jeder blos mündlichen oder ſchriftlichen Rede, ſondern nur einer ſolchen Handlung beygelegt werden, welche die Natur eines Rechtsgeſchäfts hat. Dieſe Regel läßt ſich aus folgenden,

(a) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) „si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas *sine violentia* tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis ...“ Es ſoll ſtärker wirken, als die Anſtellung der Klage, ganz wie eine litis contestatio. — Die Beſchränkung in den Worten sine violentia gründet ſich darauf, daß der gewaltſame Beſitz ſogleich wieder durch ein Interdict abgefordert werden kann, ja daß er, nach den neueren Regeln über die Selbſthülfe, den Verluſt des Rechts ſelbſt herbey führt.

(b) Donellus Lib. 16 C. 8 § 23. — Wenn der Beſitz des Pfandes durch den Willen des Schuldners erworben wurde, oder doch mit deſſen Wiſſen und Duldung, ſo liegt darin zugleich ein Anerkenntniß der Schuld, alſo eine Unterbrechung der folgenden Art; dieſer Grund der Unterbrechung iſt alſo hier weniger allgemein und durchgreifend, als der oben im Text aufgeſtellte.

in unſren Rechtsquellen erwähnten, Fällen einer ſolchen Unterbrechung abſtrahiren.

Es gehört dahin die Ausſtellung eines neuen Schuldſcheins (c); jede Zinszahlung (d); eben ſo die Zahlung eines Theils der Hauptſchuld ſelbſt, vorausgeſetzt daß ſie als Abſchlagszahlung ausdrücklich bezeichnet wird (e); die Beſtellung eines früher nicht verabredeten Pfandes (f); die Beſtellung eines Bürgen (g); endlich das wiederholte Verſprechen einer ſchon beſtehenden Schuld (constitutum) (h).

Wenn ſich eine Schuld auf zwey Glaubiger oder zwey Schuldner gemeinſchaftlich bezieht (duo rei), ſo wirkt das von einem der beiden Mitſchuldner, oder gegen einen der beiden Mitglaubiger, erklärte Anerkenntniß auf beide zugleich (i).

Dagegen darf die bloße Mahnung des Schuldners als

(c) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(d) *L.* 8 § 4 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.), *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.), vgl. oben § 241.

(e) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

(f) Dafür beweißt die Analogie des Beſitzerwerbes an einem ſchon beſtellten Pfand (Note a); ferner die neu entſtandene Hypothekarklage, die dem Schuldner auf einem andern Wege zu derſelben Befriedigung hilft, wie die Schuldklage; endlich die Analogie des neuen Schuldſcheins (Note c), in Vergleichung mit welchem die Beſtellung eines Pfandes eine eben ſo entſchiedene, und nur noch viel wirkſamere Anerkennung iſt.

(g) Dafür gilt ein Theil der in der Note f bey dem Pfande angeführten Beweiſe. Ohne Grund beſtreitet dieſen Satz Giphanius p. 250.

(h) *L.* 18 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). Aus dieſem Geſchäft entſpringt eine neue Klage, die constitutoria actio; außerdem aber liegt darin auch die Anerkennung der früheren Obligation, und ſomit die Unterbrechung der Verjährung.

(i) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

Unterbrechung der Verjährung nicht betrachtet werden; eben ſo wenig die Ceſſion, wodurch der Gläubiger ſeine Forderung an einen Dritten überträgt (k). Beides ſind einſeitige Handlungen des Berechtigten, in welchen ein Anerkenntniß von Seiten des Gegners durchaus nicht gefunden werden kann.

III. Die wirkliche Anſtellung der Klage.

Vor Allem iſt hier der eigentliche Zeitpunkt der Unterbrechung genauer zu beſtimmen.

Im früheren Recht war es die Litisconteſtation, weil erſt dieſe die Klage in litem deducirte (l); dieſe Regel war für den Kläger nicht drückend, ſo lange eine Citation als Privathandlung geſtattet, und deren ſicherer und raſcher Erfolg theils durch eine Entſchädigungsklage, theils durch Bürgſchaft geſchützt war.

Fänden wir dieſe Regel unverändert in unſren Rechtsquellen und in unſrer Praxis, ſo würde eine geſetzliche Änderung dringendes Bedürfniß ſeyn, da für den Beklagten Nichts leichter wäre, als durch Verzögerung der Litisconteſtation die Unterbrechung zu verhindern. Allein ſchon im neueren Römiſchen Recht waren andere, den unſrigen ähnliche, Verhältniſſe eingetreten, wodurch folgende neue Beſtimmungen herbeygeführt worden ſind. Anfangs wurde

(k) Unterholzner II. § 262.

(l) *L.* 8 *in f. de fid. et nomin.* (27. 7.), *L.* 9 § 3 *de jurejur.* (12. 2.). Keller Litisconteſtation S. 82. Unterholzner I. § 124. — So war es namentlich auch bey der longi temporis praescriptio. *L.* 10 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33.), *L.* 26 *C. de rei vind.* (3. 32.).

die litis denunciatio, ein beſonderes Prozeßinſtitut der mittleren Zeit, als Unterbrechung der Verjährung angenommen (m). Zuletzt aber iſt dafür die in Folge des ſchriftlichen Klaglibells vom Richter erkannte, und dem Beklagten inſinuirte, Citation beſtimmt worden, welche auch in unſrer Praxis gilt, und unſren Bedürfniſſen völlig entſpricht (n). Daß nun Dieſes wirklich die Meynung des Juſtinianiſchen Rechts iſt, könnte man etwa noch bezweifeln nach dem zweydeutigen Ausdruck einer Stelle (o), worin es heißt: quae *in judicium deductae* sunt, et cognitionalia acceperunt *certamina*; allein folgende Stellen laſſen keinen Zweifel übrig. Es wird geſagt, die Unterbrechung geſchehe etiam per solam *conventionem* (p); ferner: subsecuta *per executorem conventio* (q); dann wird der Beſitz des Pfandes der Litisconteſtation gleichgeſtellt, und dabey geſagt: *multo magis* quam si esset *interruptio per conventionem introducta* (r), ſo daß alſo hierin die Unterbrechung durch die von der Litisconteſtation ſelbſt wörtlich unterſchiedene Anſtellung der Klage ausdrücklich anerkannt wird. Die entſcheidendſte Stelle aber enthält folgende Beſtimmung (s):

qui obnoxium suum in judicium clamaverit, *et libel-*

(m) Hollweg Handbuch des Prozeſſes B. 1 S. 249.

(n) Hollweg B. 1 S. 253.

(o) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

(p) *L.* 7. *pr. C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(q) *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(r) *L.* 7 § 5 *C de praescr.* XXX. (7. 39.) vgl. oben Note a.

(s) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

lum conventionis ei transmiserit ... videri jus suum omne *eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula.*

Hier iſt für die Inſinuation des Klaglibells zweyerley anerkannt: erſtlich, daß dieſelbe alle laufende Klagverjährungen (temporum curricula) unterbreche; zweitens daß in ihr nunmehr die wahre deductio in judicium enthalten ſey. Dieſe letzte Beſtimmung giebt denn zugleich der oben angeführten zweydeutigen Stelle (Note o) ihre ſichere Bedeutung.

Die hier vorgetragene Lehre gilt in der Praxis unzweifelhaft, und hat auch in der Theorie wenig Widerſpruch gefunden (t). Unterholzner hält die eben dargeſtellte Abänderung des älteren Rechts für zweifelhafter als ſie in der That iſt; wegen des praktiſchen Bedürfniſſes will er der Litisconteſtation, die er noch im neueſten Recht als die eigentliche Unterbrechung anſieht, eine rückwirkende Kraft zuſchreiben, und zwar ſogar bis zur Anſtellung der Klage (u). Andere machen einen ganz grundloſen Unterſchied zwiſchen der dreyßigjährigen Verjährung und den früheren; jene ſoll durch die Inſinuation unterbrochen werden, dieſe durch die Litisconteſtation (v).

(t) Glück B. 3 § 236 verwirrt die Sache ſo daß er weder als Anhänger noch als Gegner der hier aufgeſtellten Lehre gelten kann.

(u) Unterholzner I. § 124.

(v) Dahin gehören die älteren Schriftſteller, gegen die ſich GIPHANIUS p. 248. 249 erklärt; in neuerer Zeit Wangerow I. S. 182. Die Veranlaſſung dieſer Meynung liegt darin, daß die älteren Stellen, in welchen die Litisconteſtation als Unterbrechung betrachtet wird, allerdings nur von für-

§. 243.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Verſäumniß. (Fortſetzung.)

Es ſind jedoch einige Surrogate zu bemerken, wodurch die Klagverjährung eben ſo ſicher, wie durch die Inſinuation der angeſtellten Klage, unterbrochen werden ſoll.

Wenn Der, gegen welchen die Klage gerichtet werden müßte, durch Abweſenheit, Kindesalter, Wahnſinn unfähig iſt, die Inſinuation ſelbſt zu empfangen, und wenn es zugleich an einem Vertreter deſſelben fehlt, ſo kann der Berechtigte die Verjährung dadurch unterbrechen, daß er die Klagſchrift der richterlichen Obrigkeit, oder wo ihm dieſe nicht zugänglich iſt, dem Biſchoff oder dem Defenſor des Orts übergiebt, oder im Nothfall an dem Wohnort des Gegners öffentlich anſchlägt (a).

Bey Correalklagen iſt es hinreichend, daß Einer klage, oder Einer verklagt werde, um die Verjährung in Be-

zeren Verjährungen reden, weil damals keine andere vorhanden waren. Will man aber jetzt durch dieſe diſtinguirende Vereinigung jenen Stellen eine fortdauernde Gültigkeit verſchaffen, ſo ſteht das im Widerſpruch mit den angeführten, ganz allgemein redenden, Juſtinianiſchen Geſetzen. Auch würde es ganz inconſequent ſeyn, die Unterbrechung der kurzen Verjährungen beſonders zu erſchweren, die gewiß eher eine Erleichterung verdiente, wenn hierin überhaupt ein Unterſchied gelten ſollte.

(a) *L.* 2 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Unterholzner I. § 129. Daß im heutigen Recht von dem Defenſor und dem Biſchoff nicht die Rede ſeyn kann, verſteht ſich; es wird aber überhaupt nicht leicht mehr dieſes außerordentliche Hülfsmittel zur Anwendung kommen.

ziehung auf Alle zu unterbrechen (b). — Wenn der Gläubiger die perſönliche Klage gegen den Schuldner anſtellt, ſo iſt dadurch zugleich die Verjährung der Hypothekarklage unterbrochen, und eben ſo auch im umgekehrten Fall (c). — Wenn unter denſelben Perſonen mehrere Rechtsverhältniſſe ſtreitig ſind, und der Klaglibell ſo unbeſtimmt iſt, daß es ungewiß bleibt, welchen Rechtsſtreit er zum Gegenſtand hat, ſo ſoll die Unterbrechung für alle dieſe Klagen gelten (d). — Auch iſt nicht zu bezweifeln, daß die angeſtellte Klage auf einen einzelnen Zinsposten zugleich die Verjährung der Kapitalklage unterbricht, da bey dieſem beſchränkten Rechtsſtreit auch das Daſeyn der Hauptſchuld zur Sprache kommen kann.

Wenn die Parteyen ein Compromiß eingehen, ſo gilt die Übergabe der ſchriftlichen Klage vor dem Schiedsrichter als Unterbrechung der Verjährung (e).

Dagegen ſind folgende Thatſachen nicht als Unterbrechungen der Verjährung zu betrachten.

Die Anſtellung der Klage unterbricht nur für und wider dieſe beſtimmte Perſonen, und deren Succeſſoren, nicht

(b) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

(c) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

(d) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Nach dieſer Analogie könnte man annehmen, daß die (ohne Erfolg) angeſtellte Klage aus dem Beſitz zugleich die Verjährung der Vindication unterbreche; Unterholzner I. S. 445 will zwar nicht dieſe Unterbrechung gelten laſſen, wohl aber der Verjährungszeit der Vindication die durch fruchtloſe Beſitzklage verlorne Zeit hinzurechnen.

(e) *L.* 5. § 1 *C. de rec. arbitris* (2. 56.). Früher war dieſer Satz ſehr beſtritten.

für und wider fremde Perſonen, zwiſchen welchen dieſelbe, oder eine verwandte Klage angeſtellt werden könnte. Daher unterbricht die Anſtellung der Schuldklage nicht die dem dritten Pfandbeſitzer zu gut kommende Verjährung (f).

Die Aufſtellung einer Exception unterbricht nicht die Verjährung der aus demſelben Rechtsverhältniß abzuleitenden Klage. Zwar wenn die Exception rechtskräftig anerkannt oder verworfen wird, ſo wird dadurch ſehr häufig die Frage nach der Verjährung für dieſes Rechtsverhältniß abſorbirt ſeyn (g). Allein der Satz iſt wichtig für die Fälle, worin der erſte Prozeß liegen bleibt, oder worin der Richter die Exception unentſchieden läßt, weil er aus anderen Gründen entſcheidet (h).

Die Übergabe der Klagſchrift an den Kaiſer, wenngleich darauf eine rescriptio erfolgt iſt. Dieſe ſollte bey den prätoriſchen Annalklagen als Unterbrechung gelten, für alle andere Verjährungen, namentlich die dreyßigjährige nicht (i). Für das heutige Recht hat dieſe Art der Unterbrechung gar keine Bedeutung.

Die vor einem incompetenten Richter angeſtellte Klage unterbricht die Verjährung nicht (k).

(f) Thon S. 5. Daß es bey Correalklagen anders iſt, wurde ſchon oben bemerkt, Note b.

(g) So z. B. wenn die als Compenſation geltend gemachte Forderung als unbegründet verworfen wird, ſo hat deshalb der Kläger, wenn er ſpäter aus derſelben Forderung verklagt wird, eine exceptio rei judicatae.

(h) Unterholzner I. § 128.

(i) *L.* 2 *C. quando lib.* (1. 20.), *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). Unterholzner I. § 130.

(k) *L.* 7 *C. ne de statu* (7. 21.).

Die Wirkung der durch Anſtellung der Klage herbey geführten Unterbrechung iſt verſchieden, je nachdem die Klage zu einem rechtskräftigen Urtheil geführt hat, oder vorher der Rechtsſtreit liegen geblieben iſt. Im erſten Fall iſt das Urtheil allein beſtimmend für das Rechtsverhältniß, ſo daß daneben von der früheren Klage und ihrer Verjährung nicht mehr die Rede iſt. Im zweiten Fall war nach kurzer Zeit, durch die von der Klagverjährung ganz verſchiedene Prozeßverjährung, das Klagrecht für immer verloren (l). Abgeſehen aber von dieſer Prozeßverjährung, das heißt wo ſie nicht anwendbar war (m), erhielt nunmehr die Klage eine endloſe Dauer (n), indem die früher laufende Verjährung zerſtört, und eine neue für dieſen Fall nicht angeordnet war. Als nun die immerwährenden Klagen überhaupt in dreyßigjährige umgewandelt wurden, war es ganz conſequent, die nicht zu Ende geführte Klage nun auch einer dreyßigjährigen Verjährung zu unterwerfen (o).

Hierin hat Juſtinian folgende wichtige Neuerung eingeführt. Die unbeendigte Klage ſoll, von der letzten gerichtlichen Handlung an, Vierzig Jahre lang wieder auf-

(l) Gajus IV. § 104, 105.

(m) Alſo nach ihrer Aufhebung, oder auch, nach Manchen, außer der Stadt Rom, indem ſie überhaupt nur in der Stadt gegolten haben ſoll.

(n) *L.* 139 *pr. de R. J.* (50. 17).

(o) *L. un.* § 1 *C. Th. de act. certo temp. fin.* (4. 14.). Dieſer Theil der Stelle iſt in der *L.* 3 *C. Just. de praescr.* XXX. (7. 39.) natürlich weggelaſſen worden, wegen der gleich folgenden Abänderung.

genommen werden können, und erſt am Ende dieſes Zeitraums durch Verjährung verloren ſeyn (p).

Ohne Grund hat man verſucht, die Anwendung dieſes Geſetzes auf mancherley Weiſe zu beſchränken. So ſoll es blos auf perſönliche Klagen zu beziehen ſeyn, bey welcher Behauptung das Misverſtändniß einiger Ausdrücke des Geſetzes zum Grunde liegt (q). — Andere beziehen die vierzig Jahre nur auf den Fall, wenn es bis zur Litisconteſtation gekommen iſt; brach der Prozeß zwar nach der Citation, aber vor der Litisconteſtation ab, ſo ſollen dreyßig Jahre gelten (r). Dieſe Unterſcheidung gehört zu den ganz fruchtloſen Beſtrebungen, die ältere Beſtimmung von der Litisconteſtation mit der neueren von der Citation, als unterbrechender Thatſache, zu vereinigen (s). — Manche wollen die vierzig Jahre nur gelten laſſen für die urſprünglich dreyßigjährigen Klagen; bey den kürzer dauernden Klagen ſollen, von der letzten Prozeßhandlung an, dreyßig Jahre gerechnet werden (t). Dieſe Beſchränkung ſteht im Widerſpruch mit der allgemeinen Vorſchrift des Juſtinia-

(p) *L.* 9 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) „ex quo novissima processit cognitio." *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Iſt es nicht einmal bis zur Citation gekommen, ſo iſt die Verjährung gar nicht unterbrochen, ſ. o. § 242.

(q) *L.* 9. *C. cit.* „Sed licet *personalis actio* ab initio fuerit instituta, eam *tamen* in quadragesimum annum extendimus." Das bezieht ſich darauf, daß die Hypothekarklage ſchon früher eine vierzigjährige Dauer (auch wenn ſie nicht angeſtellt war) bekommen hatte. Unterholzner I. S. 446.

(r) Donellus Lib. 16 C. 8 § 23.

(s) Vgl. oben § 242. Note v.

(t) Cujacius observ. XVIII. 29, Unterholzner I. S. 447.

niſchen Geſetzes, und muß daher als willkührlich verworfen werden (u). Noch weniger Grund hat es, wenn Manche, bey den urſprünglich vierzigjährigen Klagen, nunmehr funfzig Jahre annehmen wollen (v). Gegen beide abweichende Meynungen ſpricht, außer der uneingeſchränkten Vorſchrift des Geſetzes, noch folgende allgemeinere Betrachtung. Wenn die angeſtellte Klage hinterher liegen blieb, ſo iſt die Lage des Klägers eine ganz andere als die, worin er ſich vor Anfang des Rechtsſtreits befand, ſo daß die Gründe, welche urſprünglich bald kürzere, bald längere Verjährungsfriſten veranlaßten, nun nicht mehr eingreifen. Die nunmehr ganz veränderte Lage des Klägers erhellt beſonders aus der Betrachtung, daß es jetzt gar nicht mehr ermittelt werden kann, wie viel bey der Verzögerung der Sache dem Kläger, wie viel dem Beklagten oder dem Richter zur Laſt fällt. Hierin aber ſtehen alle Klagen einander gleich, ſie mögen urſprünglich eine kurze oder eine lange Verjährungsfriſt gehabt haben, und es iſt daher auch kein Grund vorhanden, unter dieſen neuen Verhältniſſen bey manchen Klagen eine größere Strenge, als bey anderen, gegen den Kläger eintreten zu laſſen.

Dagegen darf in folgenden Fällen der Zeitraum von Vierzig Jahren nicht zur Anwendung gebracht werden:

I. Nach der rechtskräftigen Verurtheilung. Zwar hat es auf den erſten Blick vielen Schein, daß die Lage des

(u) Thibaut Verjährung S. 120. Göſchen I. S. 447. Vangerow I. S. 181.

(v) Dieſer Meynung widerſpricht auch Unterholzner I. S. 446.

Klägers jetzt nicht ungünſtiger werden dürfe, als vor dem Urtheil, wo das Recht des Klägers noch ungewiß war (w). Dennoch müſſen jetzt dreyßig Jahre gelten (x). Denn das rechtskräftige Urtheil enthält der Sache nach eine wahre Novation, da es ſogar den urſprünglichen Anſpruch ganz umbilden kann; es führt auch geradezu den Namen novatio (y). Daher iſt denn auch die urſprüngliche Klage, von deren modificirter Verjährung etwa die Rede ſeyn könnte, gar nicht mehr vorhanden, es iſt eine neue Klage aus dem Urtheil ſelbſt entſtanden, und dieſe iſt der gewöhnlichen Verjährung, wie jede andere Klage, unterworfen. Folgende, mehr practiſche, Betrachtung führt zu demſelben Erfolg. Solange die Sache liegen blieb, konnte der Kläger dadurch entſchuldigt werden, daß er über der Beendigung derſelben ermüdete und daran verzweifelte. Wenn aber Alles zu ſeinem Vortheil klar entſchieden iſt, fällt dieſe Entſchuldigung gänzlich hinweg.

II. Im Fall der Beendigung eines Rechtsſtreits durch Vergleich treten dieſelben Gründe, und ſelbſt noch unzweifelhafter, ein. Denn es iſt jetzt nicht mehr die urſprüngliche Klage vorhanden, der Vertrag iſt ein neuer Rechtsgrund geworden, und die Klage aus demſelben verjährt wie jede andere, in dreyßig Jahren.

III. Der letzte Fall einer Ausnahme von der Regel

(w) Unterholzner I. § 125. S. 444, II. § 267.

(x) Pufendorf T. 1 Obs. 117.

(y) *L.* 3 *pr. C. de usuris rei jud.* (7. 54.).

der vierzig Jahre hat einen weniger allgemeinen Grund, als die eben angeführten Fälle; der Grund deſſelben iſt ein hiſtoriſcher, und ein ſolcher, der auf die Juſtizverfaſſung des deutſchen Reichs ein trauriges Licht wirft. Wenn an den Reichsgerichten Prozeſſe bis zum Spruch geführt, nun aber liegen geblieben waren, ſo lag es nicht in der Macht des Klägers, den Spruch zu erzwingen. Obgleich nun die Behandlung dieſes Gegenſtandes beſtritten war, ſo war doch aus einleuchtender Billigkeit die Meynung vorherrſchend geworden, daß jetzt gar keine Verjährung, auch nicht die von vierzig Jahren, eintreten dürfe. Nach der Auflöſung des deutſchen Reichs ſind die bey den Reichsgerichten vorräthigen Prozeſſe an die höchſten Gerichte der einzelnen deutſchen Staaten übergegangen. Ein Preußiſches Geſetz hat die angeführte Regel ausdrücklich als gültig anerkannt (z).

§. 244.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides (a).

Möllenthiel Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. Erlangen 1820 § 19 — 31 (Ausführliche und gründliche Behandlung dieſer Streitfrage).

Wie es ſich mit dieſer Bedingung der Verjährung im Römiſchen Recht verhielt, darüber iſt kein Streit. Die

(z) Preußiſches Geſetz vom 18. May 1839, Geſetzſammlung 1839 S. 175.

(a) Dieſe Frage iſt ſchon oben kurz berührt worden, B. 3 Beylage VIII. Num. XXIII; hier muß genauer darauf eingegangen werden.

Uſucapion erforderte bona fides für den Anfang des Beſitzes, nicht für deſſen Fortſetzung. Der Klagverjährung an ſich war dieſes Erforderniß fremd, indem nur auf die Verſäumniß des Klägers geſehen wurde. Nur die longi temporis praescriptio ſchloß ſich in ihren Bedingungen ganz an die Uſucapion an, ſo daß auch die bona fides dazu gerechnet werden mußte. Wenn ſpäter Juſtinian auch für den dreyßigjährigen Beſitz bona fides forderte (b), ſo geſchah dieſes nur, inſofern hier der Beſitzer auf die Vortheile der Erſitzung Anſpruch machen, alſo über die Klagverjährung hinaus gehen wollte; für dieſe letzte lag darin gar keine Neuerung. — Auch die longi temporis praescriptio iſt als ein ſelbſtſtändiges Rechtsinſtitut aus dem Juſtinianiſchen Recht verſchwunden, und ſo kann man ſagen, daß im neueſten Römiſchen Recht die bona fides als Bedingung der Klagverjährung gar nicht mehr vorkommt.

Dieſer Zuſtand des Rechts hat ſich bis zu Ende des zwölften Jahrhunderts unverändert erhalten, und Gratian ſtellt ihn, um die Mitte deſſelben, ſo dar, wie wir ihn in den Quellen des Römiſchen Rechts finden (c).

Wichtige Neuerungen aber wurden eingeführt durch zwey Decretalen, deren wahrer Sinn von jeher in hohem Grade beſtritten geweſen iſt, und deren Text hierher geſetzt werden ſoll, ſoweit er zur Feſtſtellung dieſer Lehre nöthig iſt (d):

(b) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(c) c. 15. C. 16. q. 3.

(d) Ausführlicher handelt von beiden Stellen Möllenthiel a. a. O., und Unterholzner I. § 92.

C. 5. *X. de praescript.* (2. 26.). Alexander III.

Vigilanti studio cavendum est ... ne malae fidei possessores simus in praediis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit ..." (e).

C. 20. *X. de praescript.* (2. 26.) Innocentius III.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

In beiden Decretalen iſt die Abſicht einer Änderung des Römiſchen Rechts, und zwar aus ſittlich-religiöſen Gründen, deutlich ausgeſprochen; der Inhalt und Umfang der Neuerung iſt es, worauf ſich Streit und Zweifel beziehen.

Nun ſind darin zwey Abweichungen vom Römiſchen Recht ſogleich erkennbar, und über dieſe iſt kein Streit; erſtlich in den Gegenſtänden, zweytens in der geforderten

(e) Der letzte Theil der Stelle drückt aber deutlich die Abſicht aus, ſagt in der Sache nichts Neues, das Römiſche Recht abzuändern.

Dauer der bona fides. Das Römiſche Recht erkennt eine Uſucapion, wozu auch die bona fides erfordert wird, lediglich bey dem Eigenthum an; bey den Servituten findet ſich etwas Ähnliches, nicht Daſſelbe, und namentlich an die Stelle der bona fides treten hier andere, obgleich verwandte, Erforderniſſe. Hier wird, in den Worten: praescriptio *tam canonica* quam civilis, darauf hingewieſen, daß jetzt neue, aus den kirchlichen Verhältniſſen entſprungene, Rechte, eben ſo wie nach Römiſchem Recht das Eigenthum (quam civilis), dem Erwerb durch bonae fidei possessio unterworfen ſind, wohin die Diöceſanrechte, Zehenten u. ſ. w. gehören, welche mehr Analogie mit dem Eigenthum haben als die Servituten, großentheils auch mit einem Grundeigenthum, als Acceſſionen deſſelben, verknüpft ſind (f). Dieſe erweiterte Anwendung der Erſitzung iſt auch nach vielen anderen Stellen unzweifelhaft, aber ſie iſt nicht hier neu eingeführt; ſie war durch Gewohnheitsrecht entſtanden, wird aber hier gelegentlich anerkannt, und denſelben Regeln, wie die Römiſche Uſucapion, unterworfen.

Die zweyte Abweichung vom Römiſchen Recht iſt hier neu vorgeſchrieben, ſie iſt der augenſcheinliche Zweck bei der Decretalen. Die bona fides ſoll nicht blos im Anfang des Beſitzes vorhanden ſeyn, wie nach Römiſchem Recht, ſondern während der ganzen Dauer deſſelben. Dieſes liegt in den Worten des erſten Geſetzes: *postquam se noverit*

(f) Möllenthiel § 20 S. 113. 115 § 24. 25.

aliena possidere, und noch deutlicher in denen des zweyten: *in nulla temporis parte* rei habeat conscientiam alienae.

So weit iſt kein Streit. Die fernere Frage aber iſt die, auf welche Rechtsinſtitute die zweyte Abweichung bezogen werden ſoll: ob blos auf die Uſucapion, oder auch auf die Klagverjährungen. Nimmt man die erſte Meynung an, ſo beſchränkt man die Neuerung auf den ſo eben angegebenen Inhalt. Nach der zweyten Meynung würde eine fernere Neuerung darin beſtehen, daß die bona fides auch für die Klagverjährung erfordert würde, worin ſie dem Römiſchen Recht fremd iſt, und hier natürlich auch in derſelben ſtrengeren Geſtalt, welche für die Uſucapion unzweifelhaft vorgeſchrieben iſt.

Der leichteren Überſicht wegen habe ich vorläufig nur zwey entgegengeſetzte Meynungen erwähnt; in der That aber hat ſich der Widerſtreit in folgenden Vier Stufen ausgebildet:

1) Jene Decretalen beziehen ſich nur allein auf die Uſucapion (g);

2) Sie beziehen ſich außerdem auch auf die Verjährung der in rem actiones, weiter nicht (h);

3) Außerdem auch auf perſönliche Klagen, jedoch nur wenn dieſe auf Reſtitution einer unrechtmäßig beſeſſenen

(g) Vertheidiger dieſer Meynung: Boden de praescriptione ex solo temporis lapsu procedente Halae 1750 § 13—22. Seuffert Erörterungen Abth. 1 S. 134. Kierulff S. 206—209.

(h) Vertheidiger dieſer Meynung: Giphanius p. 255. 256.

Sache gehen (i), welche Meynung ich für die richtige halte;

4) Außerdem auch auf die übrigen persönlichen Klagen (k), also auf die Klagverjährung überhaupt, in ihrem uneingeschränkten Umfang (l).

Es ist jedoch zu bemerken, daß Viele, besonders aus älterer Zeit, auf diese genauere Abstufung nicht eingehen, ja daß wohl die Meisten sich damit begnügen, über den Gegensatz zwischen der dritten und vierten Meynung zu streiten, von welchem auch sogleich gezeigt werden wird, daß er wichtiger ist, als alle übrigen Gegensätze. Man hat diesen Gegensatz, nicht unpassend, oft so ausgedrückt: ob die bona fides nöthig sey, blos bey der Klage gegen

(i) Also z. B. auf actio commodati, depositi, pignoratitia, locati, wenn diese auf Rückgabe der Sache gerichtet werden, nicht auf Miethgeld, oder Ersatz für einzelne Beschädigungen. — Vertheidiger dieser Meynung, die zum Theil auch die entschiedene Praxis mehrerer Gerichte bezeugen: Wernher obs. for. T. 1 P. 1 obs. 183. (Präjudicien Num. 67 sq.). Böhmer Jus eccl. prot. Lib. 2 Tit. 26 § 52—58. Cocceji Lib. 41 T. 3 quaest. 30. Möllenthiel a. a. O. Unterholzner I. § 92. Göschen § 153.

(k) Also auf alle Condictionen, z. B. aus Darlehen, auf die actio emti, venditi, conducti, mandati, pro socio, die meisten Delictsklagen, kurz auf die allermeisten persönlichen Klagen überhaupt.

(l) Vertheidiger dieser Meynung sind fast alle ältere Praktiker, aber auch neuere Schriftsteller. Lauterbach Lib. 44 T. 3 § 17. Struy Lib. 44 T. 3 § 2. Struv. exerc. 43 thes. 21. Pufendorf T. 1 Obs. 115. Höpfner § 1182. Hofacker § 870. Thibaut Verjährung S. 82. 106. Pandekten § 1008. (Brauns Erörterungen S. 873.). Es wird von ihnen eine sehr ausgedehnte Praxis, insbesondere auch die der Reichsgerichte, bezeugt.

den debitor rei *alienae*, oder auch gegen den debitor rei *propriae* (m).

Für die erſte Meynung, nach welcher die mitgetheilten Decretalen nur allein auf die Uſucapion bezogen werden ſollen, iſt als eigenthümlicher Grund (n) nur die Behauptung geltend gemacht worden, daß im canoniſchen Recht ſchon der Ausdruck praescriptio lediglich die Uſucapion, nicht die Klagverjährung, bezeichne. Das Wahre hieran iſt, daß allerdings praescriptio, ganz abweichend vom Römiſchen Sprachgebrauch, die Uſucapion mit umfaßt (o); daß aber unter dieſem Ausdruck nur allein die Uſucapion, und gar nicht die Klagverjährung, verſtanden werden ſollte, iſt ſogar faſt unmöglich. Denn Niemand wird behaupten, daß das canoniſche Recht die Klagverjährung nicht auch anerkenne; da es nun ganz ſicher keinen anderen, eigenthümlichen, Ausdruck dafür hat, ſo mußte es wohl den aus dem Römiſchen Recht hergenommenen dafür beybehalten (p). Auch findet ſich eine Decretale von Alexander III., worin jener Ausdruck geradezu auf die Ausſchließung der Klage bezogen wird (q).

(m) Nämlich debitor rei alienae iſt der Depoſitar, weil er eine fremde Sache zurück geben ſoll, debitor rei propriae der Darlehensſchuldner, welcher ſein eigenes Geld, nicht das früher empfangene, bezahlen ſoll.

(n) Die meiſten Gründe, die für jene Meynung geltend gemacht werden, ſollen blos die vierte Meynung widerlegen, ſind alſo der erſten mit der zweyten und dritten Meynung gemeinſchaftlich.

(o) Vgl. oben B. 4 S. 315.

(p) Unterholzner I. S. 12.

(q) *C.* 6 *X. de praescr.* (2. 26.) „... quadragenalis praescriptio *omnem prorsus actionem excludit.*" In dem vorliegenden Fall war freylich von beſeſſenen

Der ſcheinbarſte Grund für jene beſchränkte Bedeutung von praescriptio liegt in folgender Stelle der Sammlung von Bonifaz VIII. (r):

Sine possessione praescriptio non procedit.

Da nun dieſer Satz nur für die Uſucapion allgemein wahr ſey, für die Klagverjährung größtentheils nicht wahr, ſo folge daraus, daß das canoniſche Recht unter dem Ausdruck praescriptio die Klagverjährung gar nicht mit begreife.

Der ganze Titel des Sextus, woraus jene Stelle herrührt, enthält Rechtsregeln, die faſt ganz aus dem Römiſchen Recht herüber genommen ſind, um der Sammlung ein gelehrtes Anſehen zu geben; er iſt wahrſcheinlich von Dinus verfaßt, welcher Legiſt, nicht Canoniſt war (s). Jene Stelle iſt entſtanden aus folgendem Ausſpruch des Licinius Ruſinus (t):

Sine possessione usucapio contingere non potest.

Daß hier praescriptio anſtatt usucapio geſetzt wurde, kam daher, daß jener Ausdruck dem Ende des dreyzehenten Jahrhunderts, worin der Sextus erſchien, weit geläufiger war, als der Ausdruck usucapio. Bey ſorgfältiger

Zehenten die Rede, worin die Klagverjährung mit der Uſucapion zuſammen fiel; allein der Ausdruck der zum Beweis der einzelnen Entſcheidung angeführten allgemeinen Rechtsregel geht auf die Verjährung der Klage, und müßte alſo auch anwendbar ſeyn auf die wegen dieſer Zehenten angeſtellte locati actio.

(r) *C.* 3 *de reg. juris* in VI.

(s) Savigny Geſchichte des R. R. im Mittelalter B. 5 S. 399. 400. 405.

(t) *L.* 25 *de usurp.* (41. 3.).

Überlegung würde ſich Dinus geſagt haben, daß nun der Ausdruck zu allgemein ſey, indem er z. B. die Verjährung der Darlehensklage ausſchließe. Indem man aus der Stelle einen beſtimmten und ausſchließenden Sprachgebrauch des canoniſchen Rechts beweiſen will, ſetzt man jene ſorgfältige Überlegung, die Abwägung jedes Wortes, voraus; aber jeder Unbefangene wird einräumen, daß durch dieſe Vorausſetzung dem Dinus eine ganz übertriebene Ehre erwieſen wird. Vollends wenn man dieſe Stelle dazu gebrauchen will, um daraus einen conſtanten, durch alle Zeiten durchgehenden, Sprachgebrauch des canoniſchen Rechts zu begründen, wie es geſchehen muß, wenn daraus die älteren Decretalen von Alexander III. und Innocenz III. erklärt werden ſollen, ſo iſt dieſes Verfahren völlig verwerflich. Wir nehmen für die drey Rechtsbücher von Juſtinian eine gewiſſe Solidarität an, und nicht ohne Grund, obgleich auch hier nicht ohne Einſchränkung, und mehr für den Inhalt der Rechtsſätze, als für den Sprachgebrauch(u); aber für die der Zeit nach weit aus einander liegenden Quellen des canoniſchen Rechts würde eine ähnliche Annahme ganz bodenlos ſeyn.

Für die zweyte Meynung ſind eigenthümliche Gründe nicht vorgebracht worden. Ihr Vertheidiger ſucht eigentlich nur die vierte Meynung zu bekämpfen, und in dieſem Beſtreben trifft er mit den Vertheidigern der dritten zu-

(u) Vgl. oben B. 1 § 43.

sammen, so daß man die zweyte, als eine selbstständige, von der dritten verschiedene, füglich aufgeben kann.

§. 245.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Fortsetzung.)

Es bleibt also nur noch der Widerstreit der zwey letzten Meynungen zu betrachten übrig, welcher sich in der Frage ausdrucken läßt, ob die bona fides nur allein bey denjenigen persönlichen Klagen erfordert werde, die sich auf Restitution eines Besitzes beziehen, oder auf alle persönliche Klagen überhaupt; oder, nach einem schon oben angewendeten Ausdruck: ob sie blos gegen den debitor rei alienae in Betracht kommt, oder auch gegen den debitor rei propriae.

Diese Differenz der Meynungen ist von der höchsten praktischen Wichtigkeit, ohne Vergleichung wichtiger als die unter den drey ersten Meynungen. Denn die wahre Bedeutung der vierten Meynung kann keine andere seyn als die, daß die Verjährung ausgeschlossen seyn soll, wenn der Schuldner in irgend einem Augenblick das Bewußtseyn der Schuld hatte, indem man nun annehmen müsse, daß er mala fide unterlassen habe, den Glaubiger zu befriedigen. Es ist aber einleuchtend, daß dadurch das höchst wohlthätige Institut der Klagverjährung fast ganz vernichtet wird. Denn alle Schuldner aus Verträgen oder Delicten haben wenigstens im Anfang das bestimmte Bewußt-

ſeyn ihrer Schuld, und es giebt überhaupt nur ſehr ſeltene Fälle der Obligationen, worin der Schuldner zu allen Zeiten ohne dieſes Bewußtſeyn geblieben ſeyn kann. Dahin würden z. B. folgende Fälle gehören: wenn der Erbe durch Codicill zur Entrichtung eines Legats verpflichtet wird, dieſer Codicill aber durch Zufall dreyßig Jahre lang verborgen bleibt; oder wenn ein Anderer meine Geſchäfte ohne Auftrag beſorgt, und dabey Auslagen für mich macht, von welchen ich nichts erfahre; oder wenn bey einem empfangenen Indebitum der Irrthum erſt nach Dreyßig Jahren entdeckt wird. Nur in ſolchen höchſt ſeltenen Fällen würde überhaupt noch von einer Klagverjährung die Rede ſeyn können.

Die Vertheidiger dieſer extremen Meynung führen Drey Gründe für dieſelbe an: den allgemeinen Ausdruck der Decretalen, den allgemeinen ſittlichen Beweggrund, und die natürliche Billigkeit. Die genauere Betrachtung dieſer drey Gründe wird zugleich dazu dienen, die dritte Meynung gegen die Einwürfe zu vertheidigen, die ihr von den Anhängern der erſten und zweyten gemacht werden.

1) Der Ausdruck der Decretalen lautet allerdings ſehr allgemein, und es heißt darin namentlich: *nulla* praescriptio. Allein in beiden Decretalen iſt doch ſtets nur von Beſitzern fremder Sachen die Rede, ſo wie von der conscientia rei alienae, welche Ausdrücke unmöglich von nicht zahlenden Schuldnern gebraucht werden können. Auf eben dieſelbe Beſchränkung führt auch ſchon der aus dem

Römischen Recht entlehnte Ausdruck mala fides, mit seinem Gegensatz, der bona fides. Denn diese Ausdrücke bezeichnen bey den Römern nicht etwa die Redlichkeit oder Unredlichkeit in jeder möglichen Anwendung, sondern nur in der besondern Anwendung auf den unredlichen Besitz; wo aber in anderen Anwendungen das unredliche Bewußtseyn bezeichnet werden soll, da wird regelmäßig der Ausdruck dolus gebraucht.

Nur durch Misverständniß könnte man versuchen, diese Gründe auch gegen die dritte Meynung geltend zu machen, indem in den Fällen, worauf sie die Nothwendigkeit der bona fides bezieht, oft gar kein juristischer Besitz (mit animus possidendi) vorhanden seyn wird. Allein dessen Daseyn ist auch ganz gleichgültig; denn gerade in der Lehre von der Eigenthumsklage, worin doch vorzugsweise die Unterscheidung der b. f. und m. f. possessores von großer Wichtigkeit ist (a), wird der Ausdruck possessor in der größten Ausdehnung genommen, so daß er da auch die bloße Detention, ohne animus possidendi, mit umfaßt (b).

Von einer andern Seite dagegen darf allerdings der Ausdruck conscientia rei *alienae* nicht zu eng aufgefaßt werden, indem man darunter ausschließend das Bewußtseyn des fremden Eigenthums verstehen möchte, so daß das unredliche Bewußtseyn über des Gegners Pfandrecht, Emphyteuse, Interdictenbesitz u. s. w. gleichgültig wäre. Es ist aber vielmehr jede, irgend ein Besitzverhältniß des

(a) *L.* 22 *C. de rei vind.* (3. 32.). (b) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.).

Beklagten betreffende, Unredlichkeit, das heißt die ſich auf eine an ihn geforderte Reſtitution bezieht, unter jenem Ausdruck zu verſtehen (c).

2) Der in den Decretalen ausgedrückte ſittliche Beweggrund, die Sorge für die Abwendung der Sünde, die in allen ſolchen Fällen dieſelbe ſey.

Gerade dieſes Letzte aber muß gänzlich verneint werden, da in beiden Fällen die Lage des Beklagten weſentlich verſchieden iſt. Wenn eine Schuld unbezahlt bleibt, ſo wird Dieſes in unzähligen Fällen geſchehen ohne allen böſen Willen; oft aus wirklicher oder vermeyntlicher Connivenz von Seiten des Glaubigers, oder weil der Schuldner jetzt kein Geld vorräthig hat (wobey gar nicht immer an Armuth und Inſolvenz zu denken iſt), oder indem eine übergebene Rechnung verlegt und dann vergeſſen wird. In allen dieſen Fällen kann zu keiner Zeit eine Unredlichkeit und Sünde behauptet werden; ganz anders bey dem abgeforderten Beſitz, deſſen Unrechtmäßigkeit dem Beſitzer bekannt iſt, und deſſen Reſtitution ihm nicht wohl aus zufälligen Gründen unmöglich ſeyn wird. Hier ſind die Fälle der Schuldloſigkeit eben ſo ſelten, als ſie dort häufig vorkommen werden.

Dagegen liegt in dem angeführten ſittlichen Motiv ein

(c) Göſchen § 153. Für dieſe Behauptung beweißt der ganze Zuſammenhang der Stellen, welcher wichtiger iſt als der ganz einzelne Ausdruck aliena, obgleich dieſer mehrmals vorkommt. Als Beſtätigung kann auch dienen *L.* 7 *C. de rebus alienis* (4. 51.), worin der Ausdruck alienatio gleichfalls auf die freyeſte Weiſe ausgelegt wird.

wichtiger Grund, der dritten Meynung vor der ersten und zweyten den Vorzug einzuräumen. Denn wenn z. B. der Miether gegen die locati actio die Verjährung geltend macht, obgleich er irgend einmal wußte, daß er die Sache heraus geben müsse, so ist sein Verhalten völlig eben so sündlich, als wenn ein unredlicher Besitzer usucapiren, oder die Vindication des Eigenthümers durch Klagverjährung entkräften will; alle diese Fälle stehen, sittlich betrachtet, ganz auf gleicher Linie. Es wäre aber eine unbegreifliche Beschränktheit des Pabstes gewesen, die Seele des Besitzers in einem dieser Fälle durch sein Gesetz retten zu wollen, in dem andern ganz ruhig verloren gehen zu lassen; ja es würde Niemand den kleinlichen Gedanken ertragen können, als dürfte in einem solchen sittlich religiösen Verhältniß, der juristischen Klassifikation der Klagen irgend ein Einfluß eingeräumt werden.

3) Die natürliche Billigkeit wird von den Anhängern der vierten Meynung so verstanden, daß alle Verjährung ein Institut des positiven Rechts, also dem Naturrecht entgegen sey.

Allein die allerdings positive Natur der Verjährung darf uns nicht hindern, sie für ein höchst wohlthätiges Rechtsinstitut anzuerkennen, und nicht bestimmen, ihre wohlthätige Wirksamkeit durch grundlose Einschränkungen zu schwächen, ja fast zu vernichten.

Ganz entscheidend aber gegen die vierte Meynung ist die Vergleichung derselben mit den allgemeinen Gründen,

wodurch die Einführung der Verjährung bewirkt worden iſt. Unter dieſen nimmt die Präſumtion der Tilgung eine beſonders wichtige Stelle ein (§ 237). Sie iſt ganz vorzüglich anwendbar auf die Fälle, worin die vierte Meynung die Nothwendigkeit der bona fides (im Widerſpruch mit den drey erſten Meynungen) behauptet, da in dieſen Fällen meiſtens von Geldſchulden die Rede ſeyn wird, worauf ſich jene Präſumtion vorzugsweiſe bezieht. Wenn nun etwa nach mehr als 30 Jahren eine Kaufmannsrechnung eingeklagt wird, ſo wird vielleicht durch alte Briefe bewieſen werden können, daß der Beklagte Anfangs dieſe Schuld gekannt hat; dadurch aber wird durchaus nicht die Wahrſcheinlichkeit vermindert, daß dieſe Rechnung in ſo vielen Jahren irgend einmal bezahlt ſeyn werde. Ja man kann ſogar beſtimmt behaupten, daß Diejenigen, welche die Nothwendigkeit der bona fides bey allen Klagen behaupten, die Präſumtion der Tilgung als Grund der Verjährung eigentlich ganz aufgeben. Denn die Tilgung einer Schuld geſchieht, mit ſehr ſeltenen Ausnahmen, durch freywillige Handlungen des Schuldners (d), dieſe nun ſind nicht möglich ohne Bewußtſeyn der Schuld, wodurch aber nach jener Meynung, die Verjährung gehindert werden ſoll. — Ganz anders verhält es ſich mit den

(d) Allerdings kommen auch Tilgungen ohne Handlungen des Schuldners, ſelbſt ohne deſſen Bewußtſeyn vor, z. B. wenn ein Anderer für ihn zahlt, ohne es ihm auch nur hinterher anzuzeigen, oder wenn der Schuldner ohne ſein Wiſſen eine Gegenforderung erwirbt; aber dieſe Fälle ſind ſo ſelten, daß ſie gar nicht in Betracht kommen können.

Klagen auf Restitution des Besitzes, worauf die ersten Meynungen das Erforderniß der bona fides beschränken. Daß hier eine unmittelbare Tilgung nicht Statt gefunden hat, erhellt aus dem noch jetzt in den Händen des Beklagten befindlichen Besitz; eine indirecte Tilgung aber, etwa durch Geldabfindung, würde ein neues Rechtsgeschäft voraussetzen, für dessen Annahme unmöglich eine ähnliche Präsumtion behauptet werden kann, wie für die Annahme der in der natürlichen Entwicklung der Geldschulden liegenden baaren Zahlung.

Die hier aufgestellte Behauptung ist noch durch folgende nähere Bestimmungen zu ergänzen.

Das Daseyn des redlichen Bewußtseyns wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Rechtsirrthum zum Grund liegt (e).

Man hat früher über die Frage gestritten, ob die Klagverjährung auch dadurch gestört werde, daß nach Ablauf der Verjährungszeit das Bewußtseyn des fremden Rechts eintrete (f). In neueren Zeiten aber ist allgemein anerkannt worden, daß dieser Umstand die Wirkung der Klagverjährung nicht hindere (g). Der Grund liegt darin, daß die Verjährung selbst ein neues Recht erzeugt, oder wenigstens erzeugen kann, weshalb nun jeder Gedanke in Be-

(e) Vgl. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXIII.

(f) Gilken de usucap. P. 2 Membr. 3 C. 8 unterscheidet ganz willkührlich zwischen einer Verjährung aus causa lucrativa oder onerosa.

(g) Giphanius p. 258. Möller ad Leyser. Obs. 726. Möllenthiel S. 120.

ziehung auf das frühere Rechtsverhältniß gleichgültig iſt. Ganz verſchieden von der ſpäteren mala fides iſt es, wenn durch ein neues Rechtsgeſchäft auf die Vortheile der Verjährung verzichtet wird; von der Wirkung eines ſolchen Vertrags wird weiter unten die Rede ſeyn (h).

Der hier widerlegten vierten Meynung liegt jedoch eine relative Wahrheit zum Grunde, die nun noch anerkannt werden muß. Wenn ein Geldſchuldner nicht blos weiß, daß er Schuldner iſt, ſondern durch unredliche Handlungen den Ablauf der Verjährung herbey führt, indem er etwa den Glaubiger durch täuſchende Verſicherungen von der Klage abhält, ſo kann man, blos auf den materiellen Erfolg geſehen, ſagen, daß die Verjährung durch mala fides gehindert werde. Genau richtig aber iſt dieſer Ausdruck nicht; vielmehr muß man behaupten, daß die frühere Klage durch Ablauf der Verjährung wirklich verloren worden iſt, daß jedoch der vorige Glaubiger durch eine ganz neue Klage, die doli actio, vollſtändige Entſchädigung erlangen kann (i).

§. 246.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Fortſetzung.)

In der Reihe der Meynungen, welche das Erforderniß der bona fides betreffen, iſt bisher eine nicht erwähnt

(h) So behandelt die Sache auch das Preußiſche allg. Landrecht I. 9 § 564.

(i) *L.* 1 § 6 *de dolo* (4. 3.) „.. nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret.*"

worden, welche von allen im § 244 und 245 geprüften wesentlich abweicht, auch an sich gar keine Aufmerksamkeit verdienen würde, und nur zufällig eine gewisse Bedeutung erlangt hat.

Rave handelt zuerst von den oben dargestellten entgegengesetzten Meynungen, die er wohl kennt, und erklärt sich zuletzt ganz entschieden für die vierte Meynung, nach welcher bey allen persönlichen Klagen ohne Unterschied die mala fides ein Hinderniß der Verjährung seyn soll (a). Dann aber giebt er plötzlich der Sache folgende unerwartete Wendung (b). Die Klagverjährung, sagt er, bewirkt nur eine sehr starke Präsumtion der Tilgung. Wenngleich also die eigenhändige Urkunde des Schuldners vorgebracht wird, so ist dadurch die Vermuthung nicht entkräftet, daß in der langen nachfolgenden Zeit die Schuld getilgt seyn werde. Diese Vermuthung wird nur durch den, zwey Thatsachen zugleich umfassenden, Beweis des Klägers entkräftet: erstlich, daß die Schuld wirklich noch fortdaure, also nicht getilgt sey, zweytens daß der Schuldner Dieses wisse (c). Hierin soll der Beweis der mala fides liegen, die der Richter aus den Umständen zu erkennen habe, unter andern aus folgenden Thatsachen: aus dem außergerichtlichen Geständniß, aus dem Versuch die Beweisurkun-

(a) Rave § 19. 93. 131. 132.

(b) Rave § 133.

(c) Rave l. c. „Magis itaque requiritur etiam hoc, ut actor probet, *scire reum, hanc obligationem nondum esse extinctam, sed iisdem terminis adhuc post hos triginta annos durare, quibus antea incepit.*"

den zu unterdrücken, endlich aus Mittheilungen, die er darüber von anderen Perſonen empfangen haben kann.

Es iſt nicht leicht, ſich aus dieſer Confuſion der Begriffe heraus zu finden. Zuerſt giebt Rave die von ihm ausführlich vertheidigte Lehre von der zu allen Klagverjährungen nöthigen bona fides in der That auf, indem er der eigenhändigen Schuldurkunde die Wirkſamkeit verſagt; denn aus dem Daſeyn dieſer Urkunde folgt unwiderſprechlich, daß der Schuldner, wenigſtens Anfangs, das Bewußtſeyn der Schuld gehabt hat, und darin eben liegt für Fälle dieſer Art die mala fides, ſo wie ſie alle Andere verſtehen. Wie er hinterher die mala fides wieder einzuſchwärzen ſucht, wird ſogleich gezeigt werden. — Ferner verwandelt er die Präſumtion der Tilgung, die blos ein legislatives Motiv iſt, und ſelbſt als ſolches nur eine eingeſchränkte Wahrheit hat (§ 237), in die praktiſche Natur der Verjährung ſelbſt, wodurch die Art und der Umfang ihrer Wirkung beſtimmt werden ſoll, welches ein völlig grundloſes Verfahren iſt. Wollte er aber dieſe Auffaſſung conſequent durchführen, ſo mußte er die Bedingung der bona fides ganz fallen laſſen, und den zugelaſſenen Gegenbeweis lediglich auf die wirkliche Fortdauer der Schuld, das heißt auf ihre Nichttilgung richten, wodurch allerdings die Präſumtion entkräftet ſeyn würde. Freylich würde für dieſe negative Thatſache kaum ein anderer Beweis verſucht werden können, als die Eidesdelation, und deren Anwendung würde hier mannichfaltige

Bedenken haben. — Allein Rave wollte nun auch noch die mala fides anbringen, für deren allgemeine Wirksamkeit er sich, vielen älteren Schriftstellern folgend, ausgesprochen hatte. Er verlegte daher diese in die Zeit nach abgelaufener Verjährung, wohin sie gar nicht mehr gehört, und vereinigte sie mit der Widerlegung der Präsumtion der Tilgung in der Art, daß dieselben Thatsachen dazu dienen sollten, zugleich die Nichttilgung, und das unredliche Bewußtseyn, zu erweisen. Alle diese von ihm beyspielsweise angeführte Thatsachen aber sind dazu durchaus nicht genügend. Das außergerichtliche Geständniß beweißt nur die Meynung des Beklagten über Fortdauer der Schuld, welche aber irrig seyn kann, so daß die wirkliche Tilgung daneben dennoch möglich, also die durch die lange Zeit begründete Präsumtion nicht widerlegt ist. Mit der versuchten Zerstörung der Beweisurkunden für die Entstehung der Schuld verhält es sich eben so; auch wird der Schuldner, welcher sich von Rave's Theorie durchdrungen hat, nicht so thöricht seyn, durch einen solchen Versuch Verdacht zu erregen, da ja das Daseyn der unversehrten Urkunden die Präsumtion der Tilgung nicht entkräften soll. Endlich die Mittheilung fremder Personen kann gewiß noch weniger bewirken, als das eigene Geständniß des Schuldners.

So erscheint also diese ganze Lehre von allen Seiten unhaltbar und inconsequent. Kein neuerer Schriftsteller ist darauf eingegangen, und es würde keine Veranlassung

geweſen ſeyn, hier davon mehr als im Vorübergehen Meldung zu thun, wenn ſich nicht eine ſehr bedeutende praktiſche Wirkſamkeit daran geknüpft hätte, woran gewiß jener Schriftſteller am wenigſten gedacht hat.

Das Preußiſche Allgemeine Landrecht nimmt zweyerley Verjährung an: durch Beſitz und durch Nichtgebrauch. Die erſte umfaßt die Römiſche Uſucapion, aber auch zugleich die auf dem Beſitz beruhenden Fälle der Römiſchen Klagverjährung: die zweyte enthält unter andern, aber als den wichtigſten Beſtandtheil, diejenigen Fälle der Römiſchen Klagverjährung, wobey von einem Beſitz des Beklagten gar nicht die Rede iſt, alſo gerade die Fälle, für welche nach der oben dargeſtellten vierten Meynung die bona fides nöthig ſeyn ſoll, anſtatt daß die anderen Meynungen ſie hier nicht erfordern (d).

Bey der Vorbereitung des Landrechts gieng Suarez von folgenden klar und beſtimmt gedachten Sätzen aus. Die Verjährung durch Nichtgebrauch iſt bloße Strafe der Nachläſſigkeit des Berechtigten (e); daher kommt es hier auf das Verhalten des Schuldners, alſo auch auf deſſen bona fides, gar nicht an (f). Es war eine Folge dieſer Anſicht,

(d) Dieſe allgemeinen Begriffe der Verjährung und ihrer zwey Hauptarten erhellen aus: A. L. R. I. 9 § 500 — 503. Die beſondere Lehre von der Verjährung durch Nichtgebrauch ſteht § 535 fg., die von der Verjährung durch Beſitz § 579 fg.

(e) Simon und Strampff Zeitſchrift des Preuß. Rechts B. 3 S. 421. 482. 512.

(f) Ebendaſ. S. 426. 508. 527. 532.

daß der gedruckte Entwurf des Gesetzbuches die bona fides ganz mit Stillschweigen übergieng.

Als Suarez über die vielen eingegangenen Erinnerungen zu jenem Entwurf einen Vortrag an den Großcanzler Carmer hielt, zur Vorbereitung für die definitiven Redaction, gieng er einen Schritt weiter, und trug auf eine ausdrückliche Bestimmung an, wodurch die bona fides für nicht erforderlich erklärt werden sollte (g). Unglücklicherweise aber muß Carmer das Buch von Rave gelesen, und davon einen tiefen Eindruck empfangen haben; denn hinter jenem Antrag bemerkt Suarez eine entgegengesetzte Entscheidung in folgenden Worten:

„Conclusum. Es findet der Beweis statt, daß der Verpflichtete gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden (Verbindlichkeit) der Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich entziehen wolle."

Hieraus sind nun folgende Stellen unsres Landrechts hervorgegangen:

Th. 1 Tit. 9 § 568. Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt die rechtliche Vermuthung, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden.

§ 569. Diese Vermuthung kann nur durch den voll-

(g) Ebendas. S. 532, aus Vol. 71 num. 42 fol. 71 v. der handschriftlichen Materialien. Die von ihm vorgeschlagenen §§ lauten so: „Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt eine gänzliche Befreiung des Verpflichteten von seiner bisherigen Verbindlichkeit. Diese Wirkung wird durch den Einwand, daß der Verpflichtete seine Verbindlichkeit gewußt habe, nicht gehindert."

ſtändigen Beweis, daß der andere unredlicher Weiſe, und gegen beſſeres Wiſſen von ſeiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, ſich der Erfüllung derſelben entziehen wolle, entkräftet werden.

In dieſen Worten ſollte augenſcheinlich die Lehre von Rave ausgedrückt werden (h). Die Aufnahme derſelben wäre, bey ihrer gänzlichen Unhaltbarkeit, unter allen Umſtänden ein Übel geweſen; ſie war es aber in noch höherem Grade, da dieſe Stellen unvorbereitet, wie ein fremder Körper, eingeſchoben wurden, während die Bearbeitung der ganzen übrigen Verjährungslehre von anderen Anſichten ausgeht (i).

Daß nun in dieſer Stelle nicht die mala fides in dem gewöhnlichen Sinne, nämlich das während der laufenden Verjährung irgend einmal vorhandene Bewußtſeyn der

(h) Wollte man hieran noch zweifeln, ſo würde man überzeugt werden durch folgende Bemerkung von Suarez, womit er jene §§. (damals mit den Nummern 573. 574.) im verſammelten Staatsrath vortrug (Simon u. Strampff a. a. O., S. 580, genommen aus den Materialien Vol. 88. fol. 48): „Nach der Praxis wird zwar, ſobald die Friſt abgelaufen iſt, nach der b. f. nicht mehr gefragt; der Theorie aber iſt dieſes nicht gemäß. Denn lapsus temporis begründet nur eine praesumtionem juris für den Präſcribenten, welche den Beweis des contrarii niemals ausſchließt". Die letzten Worte ſind faſt ganz überſetzt aus dem Schluß von *Rave* § 132. — Suarez trat hier als Organ des Großkanzlers auf, trug alſo deſſen theoretiſche Meynung vor, nicht ſeine eigene.

(i) Die hieraus für die Wirkung der Verjährung hervorgehenden Zweifel und Widerſprüche werden unten bemerkt werden. Zu dem oben § 245. h. angeführten Satz des A. L. R. paßt die neue Beſtimmung nicht. Es findet ſich vielleicht nur noch eine einzige andere Stelle, worin auf die beiden oben abgedruckten §§. Beziehung genommen wird, nämlich A. L. R. I. 20 § 245.

Schuld, für ein Hinderniß der Verjährung erklärt werden soll, ist einleuchtend; denn es wird hier, ganz übereinstimmend mit Rave, die hindernde Unredlichkeit in die gegenwärtige Zeit, die Zeit des über die Verjährung geführten Rechtsstreits, welcher nur nach Ablauf der von dem Schuldner behaupteten Verjährung denkbar ist, gesetzt. Auch folgt Dieses aus der andern Vorschrift des Landrechts, nach welcher selbst dem rechtskräftig verurtheilten Schuldner der Anfang einer neuen Verjährung durch Nichtgebrauch gestattet wird (k), in welchem Fall der Schuldner ganz unfehlbar das Bewußtseyn des Daseyns einer Schuld gehabt haben muß. Endlich folgt es auch schon daraus, daß der § 568 die Präsumtion der Tilgung geradezu für das Wesen der Verjährung erklärt; da nun die Tilgung fast nie ohne das Bewußtseyn des Schuldners von dem Daseyn der Schuld geschieht (§ 245. d), so kann nicht das Landrecht dieses Bewußtseyn für ein Hinderniß der Verjährung ansehen.

Welches aber der eigentliche Sinn der Stelle ist, und wie sie zur Anwendung gebracht werden soll, das ist nicht so leicht zu sagen. Die erfahrensten Praktiker, die ich darüber befragte, haben mir die verschiedensten Antworten gegeben; darin aber waren sie Alle einverstanden, daß jene Stelle nicht häufig zur Anwendung komme, nur unnöthige

(k) A. L. R. I. 9 § 558. Bey der Verjährung durch Besitz ist gerade das Gegentheil vorgeschrieben, eben weil hier bona fides erfordert wird; I. 9 § 592.

Zweifel errege, und beſſer nicht vorhanden wäre. Damit ſtimmen auch die meiſten Schriftſteller überein; ſie ſuchen der Stelle den Sinn unterzulegen, daß die Verjährung ausgeſchloſſen werde durch unredliche Handlungen des Schuldners, wodurch er die Anſtellung der Klage verhindere, alſo den Ablauf der Verjährung ſelbſt herbey führe (l). Dieſe Behauptung iſt, was den praktiſchen Erfolg betrifft, unbedenklich zuzugeben, und auch ſchon im Römiſchen Recht als wahr anerkannt (§ 245. i); aber in der beſtrittenen Stelle des Landrechts iſt dieſer Satz nicht enthalten. Denn der Dolus, an welchen jene Schriftſteller denken, fällt immer wieder in die Zeit der noch laufenden Verjährung, anſtatt daß die Stelle des Landrechts die hindernde Unredlichkeit in die ſpätere Zeit verſetzt. — Ein einziger Schriftſteller hat jene Stelle des Landrechts, jedoch nur theilweiſe, in Schutz genommen, ihr aber zugleich einen Sinn untergelegt, der nicht wohl darin gefunden werden kann (m).

(l) Rönne Anmerk. zu Klein's Preuß. Civilrecht B. 1 § 222 (1830). Temme Preuß. Civilrecht § 346 (1832). Thöne Preuß. Privatrecht B. 2 § 299. 300 (1835). In demſelben Sinn ſprach ſich im J. 1789 die Geſetzcommiſſion aus (Klein's Annalen B. 6 S. 311); zur Interpretation des weit neueren Landrechts kann dieſer Ausſpruch natürlich nicht benutzt werden.

(m) Bornemann Preuß. Civilrecht B. 2 § 120. 128. 129. (1834). Er wendet eine bisher ganz unbekannte, auch dem Sinn des Landrechts fremde, Diſtinction an, zwiſchen Obligationen aus einem ſpeciellen Titel (wie Kauf oder Darlehen) und aus einem allgemeinen Rechtsgrund (wie Gewähr für Fehler einer erkauften Sache, oder Beſchädigung); bey den letzten ſoll die bona fides nicht nöthig ſeyn, wohl aber bey den erſten, jedoch auch hier in einem ganz andern Sinn, als ſie bis jetzt allgemein verſtanden worden iſt. Ich halte dieſe Unter-

In den gedruckten Vorarbeiten zur Geſetzreviſion wird darauf angetragen, ausdrücklich zu erklären, daß die bona fides kein Erforderniß der Klagverjährung ſey. — Bey Gelegenheit des Preußiſchen Geſetzes über kürzere Verjährungsfriſten (§ 239. t) war davon die Rede, die §§. 568. 569. ſchon jetzt, vor der vollendeten Reviſion, aufzuheben, ohne etwas Anderes an ihre Stelle zu ſetzen. Es unterblieb blos deswegen, weil dieſe §§. zugleich die Wirkung der Verjährung angeben, worüber nicht ohne eine erſchöpfende Erwägung aller Beziehungen dieſes Rechtsinſtituts entſchieden werden kann; über die gänzliche Verwerflichkeit jener Stelle zeigte ſich durchaus keine Verſchiedenheit der Meynungen.

Das Franzöſiſche Geſetzbuch behandelt dieſen Gegenſtand auf etwas durchgreifende, aber einfache und praktiſche Weiſe. Bey der regelmäßigen, dreyßigjährigen Klagverjährung ſoll es auf bona fides gar nicht ankommen (n). Bey den beſonderen, kurzen Verjährungsfriſten kann der Glaubiger dem Schuldner den Eid über wirklich geleiſtete Zahlung zuſchieben (o). Hier wird alſo geradezu die Präſumtion der Tilgung als einziger Grund und Bedingung der Klagverjährung angenommen, wodurch die Frage nach

ſcheidung in der Theorie für unbegründet, praktiſch kaum durchzuführen, und kann nicht glauben, daß ſie von Anderen überzeugend gefunden werden wird. — Übrigens bezeugt er, daß das Kammergericht von jeher gar keine bona fides zur Klagverjährung gefordert habe.

(n) Code civil art. 2262.

(o) Code civil art. 2275.

der Redlichkeit gewiſſermaßen umgangen oder abſorbirt wird. Bey ſo kurzen Friſten, wobey die Erinnerung meiſt beſtimmte Auskunft geben wird, iſt dieſe Beſtimmung ausführbar, bey langen Friſten würde ſie unſichere und oft harte Erfolge herbey führen.

§. 247.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. d. Ablauf der Zeit.

Die regelmäßige Zeit, welche zur Vollendung der Verjährung erfordert wird, beträgt dreyßig Jahre (§ 238).

Von dieſer Regel giebt es eine große Zahl von Ausnahmen für einzelne Klagen, welche meiſt weniger, ſelten mehr als dreißig Jahre dauern; dieſe gehören dem ſpeciellen Theile des Rechtsſyſtems an. Hier aber ſind diejenigen Ausnahmen darzuſtellen, welche eine allgemeinere Natur haben, alſo ganze Klaſſen von Klagen umfaſſen, und daher keine eigenthümliche Stelle an irgend einem Punkte des ſpeciellen Syſtems finden können.

I. Longi temporis praescriptio von Zehen oder Zwanzig Jahren. Sie hat eine umfaſſende Natur, indem ſie ſich auf alle speciales in rem actiones bezieht, das heißt auf alle Klagen, die aus dinglichen Rechten entſpringen. Sie kann hier nicht dargeſtellt werden, ſondern nur im Zuſammenhang mit der Uſucapion, mit welcher ſie durch ihre Entſtehung und Ausbildung unzertrennlich verbunden iſt.

II. Die prätoriſchen Klagen.

Gajus und die Inſtitutionen ſtellen die Sache ſo dar, als gelte für alle dieſe Klagen die einjährige Verjährung als Regel, wovon es nur einzelne Ausnahmen gebe (a). Nach der genaueren Angabe des Paulus und Ulpian gilt die Regel nur für die Pönalklagen aus dem Edict, nicht für die das Vermögen erhaltenden Klagen (b). Noch ſpecieller iſt Dieſes dahin zu beſtimmen, daß ſowohl die einſeitigen als die zweyſeitigen Strafklagen der einjährigen Verjährung unterworfen ſind (c). Daher ſind einjährig die doli actio (d), desgleichen die poſſeſſoriſchen Interdicte (e), obgleich dieſe Klagen niemals den Kläger bereichern, jedoch oft den Beklagten, wie durch eine Strafe,

(a) Gajus IV. § 110. 111, *pr. J. de perpetuis* (4. 12.). Als Ausnahmen werden hier genannt: die Klagen des prätoriſchen Erben (gegen die Schuldner des Erblaſſers) und die actio furti manifesti. Dieſe letzte iſt eine wahre Ausnahme von der richtig gefaßten Regel, und beruht als Ausnahme auf gutem Grunde. — Vgl. über die Verjährung der prätoriſchen Klagen Unterholzner I. § 12, II. § 269. 270. 272.

(b) *L.* 35 *pr. de O. et A.* (44. 7.), *L.* 3 § 4 *nautae* (4. 9.), *L.* 21 § 5 *rer. amot.* (25. 2.).

(c) Offenbar unrichtig ſagt Paulus in *L.* 35 *pr. cit.*, nachdem er die Regel aufgeſtellt hat, die prätoriſchen Klagen auf rei persecutio ſeyen perpetuae: „Illae autem rei persecutionem continent, *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.*" Wäre dieſe Beſtimmung richtig, ſo müßten die einſeitigen Strafklagen perpetuae ſeyn, die doch in der That einjährig ſind (Note d. e.)

(d) Nämlich nach dem prätoriſchen Edict; ſpäter wurde dieſer annus utilis in ein biennium continuum verwandelt. *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.). — Die einjährige Verjährung der Injurienklage (*L.* 5 *C. de injur.* 9. 35.) iſt gleichfalls eine reine Anwendung der allgemeinen Regel, bezieht ſich aber auf eine zweyſeitige Strafklage.

(e) *L.* 1 *pr. de vi* (43. 16.), *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 17.)

poſitiv ärmer machen. — Vielleicht die einzige wahre Ausnahme der ſo gefaßten Regel findet ſich bey der actio furti manifesti (Note a). Die von Paulus angedeutete zweyte Ausnahme, wenn die publiciana actio auf der Reſtitution gegen eine vollendete Uſucapion gegeben wird (f), kann als Ausnahme nicht zugegeben werden. Denn hier bezieht ſich die Verjährung gar nicht auf die Klage, ſondern auf die von einer Klage ganz verſchiedene Reſtitution; bey dieſer aber iſt die einjährige Verjährung ſtets wirkſam, ohne Unterſchied ob die Reſtitution zu einer Klage, oder einer Exception, oder irgend einem anderen Rechtsverhältniß den Weg bahnen ſoll.

Man könnte zweifeln ob die einjährigen Verjährungen, eben ſo wie die längeren, unter der Form einer Exception geltend gemacht wurden, weil bey jenen der Name praescriptio oder exceptio ſelten vorkommt. In einigen Stellen jedoch erſcheint derſelbe wirklich (g), und der ſeltnere Gebrauch erklärt ſich aus dem Umſtand, daß bey dieſen kurzen Verjährungen, bey welchen alle Thatſachen noch in friſchem Andenken ſind, der Prätor ſelbſt meiſt über dieſe Einwendung unmittelbar entſcheiden konnte, ohne dieſelbe in Geſtalt einer Exception an den Judex zu verweiſen.

III. Die den Kirchen und milden Stiftungen zuſtehen-

(f) *L.* 35 *pr. de O. et A.*

(g) *L.* 30 § 5 de peculio (15. 1.) „Si *annua exceptione* sit repulsus a venditore creditor .." *L.* 15 § 5 *quod vi* (43. 24.) causa cognita *annuam exceptionem* remittendam .." S. o., B. 4 S. 299. — Wie dieſer Umſtand von Donellus überſehen worden iſt, ſ. u. §. 248.

den Klagen (h).

Die verwickelte und theilweise bestrittene Geschichte dieser Ausnahme beruht auf folgenden Thatsachen.

Im Jahre 528 erließ Justinian ein Gesetz (i), worin er für die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen aus Erbschaften, Legaten, Schenkungen, und Kaufcontracten, eine hundertjährige Verjährung vorschrieb. Dasselbe Recht sollte gelten für solche Klagen der Stadtgemeinden; außerdem auch für Erbschaften, Vermächtnisse, und Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen. Bey allen diesen Bestimmungen sollte es keinen Unterschied machen, ob die Klagen in rem oder in personam wären; auch wurde keine Ausnahme für die auf kurze Verjährungsfristen angewiesene Klagen hinzugefügt. — Nach den Worten könnte man das Gesetz auf die oben angedeuteten speciellen Klagen der Kirchen und Städte beschränken; es ist jedoch wahrscheinlicher, daß es ganz allgemein auf alle Klagen jener juristischen Personen angewendet werden sollte, und daß jene Ausdrücke nur auf die gewöhnlichste Entstehung des Vermögens derselben hinzudeuten bestimmt waren. Für diese ausgedehnte Auslegung spricht der Umstand, daß spätere Gesetze, die sich theils an jenes Gesetz anschließen, theils den Inhalt desselben angeben (k), eine Beschränkung auf gewisse Klassen von Klagen durchaus nicht erwähnen (l).

(h) Sehr gut handelt von diesem Gegenstand Unterholzner I. § 40—44.

(i) *L.* 23. *C. de SS. eccles.* (1. 2.)

(k) Die Nov. 9 und Nov. 111 prooem.

(l) Unterholzner I. § 40. 41.

Die Novelle 9 (J. 535) wendete dieſes, zunächſt für die Kirchen des Orients eingeführte Privilegium unverändert auf ſämmtliche Kirchen des Occidents an, die hier unter dem collectiven Namen der ecclesia Romana aufgeführt waren. Es ſollte keinen Unterſchied machen, ob das Vermögen dieſer Kirchen im Occident oder Orient läge.

Hierauf folgte die Novelle 111 (J. 541). Sie beſchränkte die 100 Jahre der Kirchen und Stiftungen auf 40 Jahre, ſo daß ſie nur noch eine Verlängerung von Zehen Jahren gegen die gewöhnliche Verjährungsfriſt genießen ſollten; dieſe ſollte aber nur ihnen allein zukommen, für alle andere Perſonen und Rechtsſachen ſollte die Regel der 30 Jahre gelten (m). Auch bey den Kirchen ſollten die bisher beobachteten Ausnahmen von dem Privilegium, unter andern die dreyjährigen Verjährungen, noch ferner beybehalten werden (n).

Die Novelle 131 Kap. 6 iſt blos eine kurze Wiederholung des eben erwähnten Geſetzes. Sie enthält nur die beſtimmtere Vorſchrift, daß die 40 Jahre da gelten ſollten, wo außerdem 10 oder 20 oder 30 Jahre gegolten haben würden. Als Abänderung war Dieſes nicht gemeynt, ſon-

(m) Damit ſollte augenſcheinlich die hundertjährige Verjährung der Stadtgemeinden aufgehoben ſeyn.

(n) Mit dem triennium iſt die Uſucapion gemeynt. Die übrigen, nicht näher bezeichneten, Ausnahmen, gehen ohne Zweifel auf alle Verjährungen unter Zehen Jahren. Alle dieſe Ausnahmen werden in der *L.* 23 *C. de SS. eccl.* (1. 2.) nicht erwähnt, wahrſcheinlich hatte ſie der Gerichtsgebrauch eingeführt. Bey Gratian (c. 16 C. 16. q. 3.) und in der Auth. *Quas actiones* C. de *SS.* eccl. (1. 2.) werden Drey und Vier Jahre als Ausnahmen genannt.

dern nur als bestimmtere Bezeichnung der schon in der Novelle 111 vorbehaltenen Ausnahmen von dem Privilegium (o).

Die Richtigkeit der hier angegebenen gesetzlichen Bestimmungen wird durch mehrere Stellen des canonischen Rechts bestätigt. So wird im fünften Jahrhundert anerkannt, daß unter Kirchen die allgemeine dreyßigjährige Verjährung gleichfalls gelte (p), weil damals noch nicht das erst von Justinian herrührende Privilegium eingeführt war. Im J. 591 aber wurde anerkannt, daß auch der Pabst nur eine Verjährungsfrist von 40 Jahren zu genießen habe (q), weil Justinian das Privilegium von 100 Jahren ganz allgemein aufgehoben hatte.

In der Folge bildete sich jedoch durch Gerichtsgebrauch folgende Regel aus. Die Kirchen überhaupt haben 40 Jahre, die ecclesia Romana aber, das heißt die Kirche des Pabstes selbst, hat ausnahmsweise 100 Jahre. Veranlaßt war ohne Zweifel diese neue Ausnahme durch den Buchstaben der Novelle 9, welche jedoch ganz aus ihrem historischen Zusammenhang gerissen werden mußte, um zu einem solchen Erfolg zu führen; denn theils war nun der Ausdruck

(o) Diese Behauptung wird erklärt und gerechtfertigt durch die in der vorhergehenden Note enthaltene Bemerkung. Zur Bestätigung dient das Verfahren, welches hierin Julian eingeschlagen hat. Er excerpirt in seiner Const. 104, als geltendes Recht, lediglich die Nov. 111; in seiner Const. 8. führt er die Nov. 9 zwar auf, aber ohne sie zu excerpiren, weil sie aufgehoben sey; die Nov. 131 K. 6 übergeht er ganz mit Stillschweigen.

(p) c. 1 C. 16 q. 3.

(q) c. 2 C. 16 q. 4.

ecclesia Romana in einem ganz neuen, willkührlichen Sinn genommen, da er urſprünglich blos den Gegenſatz gegen die orientaliſchen Kirchen bezeichnen ſollte: theils war die gänzliche Aufhebung der Novelle 9, die der Zeitgenoſſe Julian ausdrücklich bezeugt, überſehen.

Die erſte Anerkennung jenes neuen Rechtsſatzes findet ſich um das J. 878 (r). Nachher hat Irnerius denſelben Satz ausgeſprochen (s). Er wurde endlich beſtätigt durch Decretalen von Innocenz III. (t) und Bonifacius VIII. (u).

Aus dieſer geſchichtlichen Überſicht ergiebt ſich zugleich, für welche Fälle das Privilegium der 40 Jahre gelten ſoll. Es tritt an die Stelle der außerdem geltenden 10, 20, 30 Jahre, iſt alſo, im Sinn von Juſtinian, gewiß auch anwendbar auf die Uſucapion der Immobilien. Dagegen bleiben unverändert, alſo von dem Privilegium unberührt, alle kürzere Klagverjährungen, und neben dieſen

(r) c. 17 C. 16 q. 3, von P. Johannes VIII.

(s) Auth. *Quas actiones* C. de SS. eccl. (1. 2.) „Quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis praescriptio excludit: hae, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur: usucapione triennii, vel quadriennii praescriptione, in suo robore durantibus: sola Romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio." — Mit Unrecht hat Irnerius wegen dieſer Stelle viel leiden müſſen als Verfälſcher des Römiſchen Rechts. Allerdings ſteht in der Überſchrift als Quelle nur Nov. 131 C. 6, er hat aber dieſe aus der Nov. 111 und dem längſt unzweifelhaften Gerichtsgebrauch ergänzt, ſo daß man ihm nicht den Vorwurf machen darf, er ſelbſt habe die Nov. 9 misverſtanden und unrichtig angewendet. Vgl. Savigny Geſchichte des R. R. im Mittelalter B. 2 § 70.

(t) *C.* 13. 14. 17 *X. de praescript.* (2. 26.) um 1206.

(u) *C.* 2 *X. de praescr. in VI.* (2. 13.) um 1300.

auch die von Justinian ausdrücklich erwähnte dreyjährige Usucapion der beweglichen Sachen (v).

IV. Die Klagen der Städte sollten, nach Justinians erstem Gesetz, eben so wie die der Kirchen, 100 Jahre dauern (Note i). Durch eines seiner späteren Gesetze hat er dieses Privilegium ganz aufgehoben, also die Städte unter die Regel der 30 Jahre zurück geführt (Note m). Weil aber hier die Städte nicht ausdrücklich genannt sind, so glauben Manche irrigerweise, die 100 Jahre dauerten bey ihnen fort; Andere, sie seyen in das neuere Privilegium der Kirchen (40 Jahre) stillschweigend mit eingeschlossen, und auch die Gerichte haben sich von diesen Irrthümern nicht immer frey erhalten (x).

V. Die Klagen des Fiscus. Bey diesem Gegenstand hat man weniger über streitende Meynungen, als über gänzlichen Mangel an ernster, gründlicher Untersuchung zu klagen.

Vor Allem müssen unterschieden werden die Klagen aus den eigenthümlichen Rechten des Fiscus, wie Strafen

(v) Unterholzner I. § 41. Durch diese Beschränkung verschwindet denn auch der Vorwurf der Unausführbarkeit, der sonst bey manchen kurzen Klagverjährungen eintreten würde. Denn allerdings wäre es widersinnig, wenn z. B. die actio redhibitoria oder quanti minoris von einer Kirche 40 Jahre lang angestellt werden könnte.

(x) Bülow und Hagemann practische Erörterungen B. 4 Num. 5. Unterholzner I. § 45. — Das Dictatum de consiliariis betrachtet das Privilegium der Städte als gültig. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 2 § 70, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss. B. 5 S. 343. 344.

u. ſ. w., und die dem Fiscus zuſtehenden gemeinrechtlichen Klagen.

A) Die beſonderen Fiskalklagen werden verjährt in 20 Jahren, und dieſe Regel iſt ſogar entſtanden in einer Zeit, worin noch alle Klagen in der Regel ganz ohne Verjährung waren (y).

Daneben aber finden ſich wieder zwey ſpeciellere Ausnahmen. Der Anſpruch des Fiscus auf erbloſes Vermögen verjährt ſchon in Vier Jahren (z). Dagegen ſind die Steuerforderungen für ganz unverjährbar noch in dem neueſten Recht erklärt (aa).

B) Die gemeinrechtlichen Klagen, worin der Fiscus, ſo wie jede andere Perſon, als Eigenthümer, Glaubiger u. ſ. w. auftritt, ſind der gewöhnlichen Verjährung von 30 Jahren unterworfen. Man beruft ſich zwar auf ein Geſetz von Anaſtaſius, welches eine vierzigjährige Verjährung vorſchreibe; allein dieſes Geſetz ſpricht von einer ganz einzelnen Klage, der Vindication von Patrimonialgrundſtücken (bb). Es beruft ſich dabey gar nicht etwa auf ein allgemeines Privilegium des Fiscus, welches ſchon deswegen nicht möglich iſt, weil es hierin den Fiscus mit

(y) *L.* 13 *pr. de div. temp. praescr.* (44. 3.), *L.* 2 § 1 *L.* 3 *L.* 4 *de requirendis* (48. 17.), *L.* 1 § 3 *de j. fisci* (49. 14.).

(z) *L.* 1 *C. de quadr. praescr.* (7. 37.).

(aa) *L.* 6 *C. de praescript. XXX.* (7. 39.), vgl. oben § 238. o. — In dem Preußiſchen Geſetz vom 18. Jun. 1840. (Geſetzſammlung 1840 S. 140) haben gerade die Steuerforderungen ſehr kurze Verjährungen erhalten.

(bb) *L.* 14 *C. de fundis patrim.* (11. 61.); dieſe Verjährung ſollte gelten ſowohl für den Beſitz mit Entrichtung eines Canons, als für die Befreyung vom Canon.

den Tempeln gleichſtellt, zu einer Zeit, wo an eine vierzigjährige Verjährung der Kirchen noch gar nicht gedacht wurde. Dieſe beſondere Art von Domänengütern aber kommen im heutigen Recht nicht mehr vor. — Dagegen findet ſich eine unzweydeutige Beſtätigung der 30 Jahre in folgender Beſtimmung. Wenn im Namen der res privata des Kaiſers auf flüchtige Colonen geklagt wird, ſo gilt die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren (cc). Anderwärts aber iſt ausdrücklich anerkannt, daß die res privata alle Vorrechte des Fiscus genieße (dd). — Höchſtens kann man zugeben, daß vielleicht dieſe gewöhnlichen Klagen des Fiscus unter diejenigen gehörten, für welche die dreyßigjährige Verjährung durch willkührliche Auslegungen außer Anwendung blieb (§ 238). Eine wirkliche Anerkennung aber hat dieſe Exemtion in unſren Rechtsquellen nicht gefunden.

Neuere Schriftſteller verſichern, einer nach dem andern, daß 40 Jahre nach der Praxis entſchieden ſeyen (ee). Sie pflegen aber nicht Präjudicien anzugeben, welche Gegenſtand einer genaueren Prüfung ſeyn könnten; auch ſprechen ſie ſo allgemein, daß man ihre Behauptung ſelbſt auf die eigenthümlichen Fiscalklagen beziehen möchte, im Widerſpruch mit den klarſten Ausſprüchen des Römiſchen Rechts.

(cc) *L.* 6 *C. de fundis rei priv.* (11. 65.).

(dd) *L.* 6 § 1 *de j. fisci* (49. 14.).

(ee) Thibaut Verjährung S. 97. 129. Unterholzner I. § 46. II. § 259. Göſchen I. S. 437. Bangerow I. S. 173.

Bey dem Ablauf der Zeit ſind noch folgende allgemeinere Fragen zu beantworten:

Zuerſt die Art der Berechnung. Bey den Verjährungen von Einem Jahr oder weniger gilt utile tempus, bey längeren continuum. — Bey allen Klagverjährungen wird die civile Zeitrechnung in der Art angewendet, daß die Verjährung erſt vollendet iſt mit dem Ablauf des Kalendertages, in deſſen Umfang der natürlich berechnete Endpunkt (das momentum temporis) liegt (ff).

Wichtiger iſt die Frage, ob der Ablauf der Zeit nur unter denſelben Individuen eintreten kann, unter welchen die Klagverjährung angefangen hat, oder ob in den Lauf derſelben auch andere Individuen durch accessio temporis eintreten können. Nach allgemeinen Grundſätzen kann die Beantwortung dieſer Frage nicht zweifelhaft ſeyn. Die Rechtsform, unter welcher die Klagverjährung bewirkt wird, iſt die einer Exception; Exceptionen aber gehen in der Regel von beiden Seiten auf Erben und Singularſucceſſoren über, mit Ausnahme der ſeltneren Fälle, worin die Exception auf einem ganz individuellen Verhältniß beruht (§ 227). Daß nun der Fall dieſer Ausnahme bey der temporalis praescriptio nicht vorhanden iſt, wird Jeder zugeben. Von dieſem Standpunkt aus müſſen wir ſagen: der Vortheil der Verjährung gebührt dem urſprünglichen Beklagten, dem Erben deſſelben, dem Käufer, Donatar u. ſ. w., aber nicht denjenigen Perſonen, die ohne

(ff) Vgl. oben B. 4 § 185. 189. 190.

Succeſſion den Beſitz der Sache (bey einer in rem actio) erlangt haben. Der Nachtheil der Verjährung trifft den urſprünglichen Kläger, den Erben deſſelben, und eben ſo den Ceſſionar, bey Klagen ſowohl in rem als in personam. — Eine Beſtätigung dieſer Annahme liegt auch darin, daß in den Geſetzen meiſt nur davon die Rede iſt, ob die Klage zu rechter Zeit angeſtellt worden iſt oder nicht, wobey die Perſonen in den Hintergrund treten; es kommt alſo, bey veränderten Perſonen, immer nur darauf an, ob es dieſelbe Klage iſt, deren Verjährung früher angefangen hatte, und jetzt als vollendet behauptet wird.

Fragen wir nach den Ausſprüchen unſrer Rechtsquellen. Die angefangene, unvollendete Uſucapion wurde zu allen Zeiten fortgeſetzt in der Perſon des Erben, der mit dem Erblaſſer nach jus civile identiſch iſt (gg); nicht aber in der Perſon eines Käufers oder Beſchenkten. Der Grund lag in der ſtreng civilen Natur der Uſucapion; eben daher aber wurde von jeher bey der longi temporis praescriptio, die auf freyer aequitas beruhte, die accessio temporis ohne Einſchränkung zugelaſſen (hh). Allmälig wurde ſie auch in einzelnen Fällen der Uſucapion angewendet, bis endlich Juſtinian ſie hier ganz allgemein vorſchrieb (ii).

(gg) *L.* 30 *pr. ex quib. caus.* (4. 6.).

(hh) *L.* 14. 15 *de div. temp. praescr.* (44. 3), *L.* 76 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), welche Stelle offenbar nur von der l. t. praescriptio, nicht von der Uſucapion ſpricht. — Dieſelbe accessio galt bey dem Interdict utrubi, wo ſie jedoch nicht eine Klagverjährung zu vermitteln beſtimmt war. Auf dieſe Anwendung bezieht ſich *L.* 13 *de adqu. poss.* (41. 2.).

(ii) § 12. 13 *J. de usuc.* (2. 6.),

Als nun die umfaſſende dreyßigjährige Klagverjährung eingeführt wurde, in einer Zeit worin ohnehin die Strenge des alten Civilrechts faſt nur noch als hiſtoriſche Erinnerung übrig war, konnte wohl Niemand daran zweifeln, daß hier dieſelbe accessio temporis, wie bey der longi temporis praescriptio, angewendet werden müſſe; es konnte hier um ſo weniger zweifelhaft ſeyn, weil nur ſelten 30 Jahre unter den unveränderten urſprünglichen Perſonen ablaufen werden. Wahrſcheinlich haben es deswegen die Kaiſer nicht einmal der Mühe werth erachtet, über eine ſo unzweifelhafte Frage eine ausdrückliche Beſtimmung zu geben. Wenn aber auch früher noch irgend ein Zweifel an der unbeſchränkten Anwendbarkeit der accessio auf die Klagverjährung möglich geweſen wäre, ſo hätte dieſer wenigſtens ganz verſchwinden müſſen, ſeitdem Juſtinian ſie für die weit ſtrengere Uſucapion vorgeſchrieben hatte (Note ii).

Blos beyläufig kommen im neueſten Recht folgende Äußerungen vor, welche ganz misbraucht werden würden, wenn man aus den nicht völlig beſtimmten Ausdrücken einiger derſelben, allgemeine Regeln bilden wollte, die mit den hier aufgeſtellten Grundſätzen im Widerſpruch ſtänden.

Eine reine Anwendung dieſer Grundſätze iſt es, wenn für die vierzigjährige Verjährung der Hypothekarklage der Schuldner ſelbſt mit ſeinem Erben als identiſch behan-

L. un. C. de usuc. transform. (7. 31.).

delt wird (kk). — Etwas zweydeutiger aber ſind folgende Stellen.

Juſtinian ſagt, wenn nach vollendeter Verjährung der Eigenthumsklage der Beſitz an einen neuen Beſitzer komme, ſo könne gegen dieſen der Eigenthümer wieder vindiciren; natürlich wird dabey ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß der neue Beſitzer den Beſitz durch Gewalt oder Zufall erlangte, nicht durch Kauf von Demjenigen, der die temporis praescriptio erworben hatte (ll). — Umgekehrt ſagt eine Verordnung von Anaſtaſius, bey den 40 Jahren für die Vindication der Patrimonialgüter dürfe der gegenwärtige Beſitzer die Zeit ſeines Vorbeſitzers hinzu rechnen (mm); auch dabey iſt ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß zwiſchen beiden Beſitzern ein Succeſſionsverhältniß Statt fand, und es würde hier eben ſo unrichtig ſeyn, wie bey jenem Geſetz von Juſtinian, aus der Unbeſtimmtheit des Ausdrucks eine, allen Rechtsgrundſätzen widerſprechende, Folgerung zu ziehen.

(kk) *L.* 7 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(ll) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) verb. „Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit" etc. So würde nicht von einem neuen Beſitzer geſprochen werden, der die Sache von dem verjährenden Beſitzer gekauft hätte, und eben ſo wenig würde derſelbe in den folgenden Worten ein injustus possessor genannt werden; für den Käufer alſo iſt der Anſpruch auf die temporis praescriptio hier nicht verneint. Außerdem aber ſpricht auch die Stelle nicht von dem, welcher vor vollendeter Verjährung in den Beſitz eintritt; beſonders aber gar nicht von der Verjährung der perſönlichen Klagen.

(mm) *L.* 14 *C. de fundis patr.* (11. 61.) „.. possessione scilicet non solum eorum qui nunc detinent, verum etiam eorum, qui antea possederant, computanda."

Dennoch hat es auch in der neueſten Zeit an Mißverſtändniſſen über dieſe ſehr ſicheren Rechtsſätze nicht gefehlt, und dabey haben die eben angeführten Stellen zur Veranlaſſung gedient (nn).

§. 248.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung.

Francke civiliſtiſche Abhandlungen (1826) Num. 2.
v. Löhr, Archiv B. 10 S. 72—84 (1827).
Guyet, Archiv B. 11 Num. 5 (1828).
Heimbach, Linde's Zeitſchrift B. 1 Num. 22 (1828).
Vermehren, Linde's Zeitſchrift B. 2 Num. 9 (1829).
Büchel, Erörterungen Heft 1. Marburg 1832.

Die Unterſuchung dieſer Frage, welche in neuerer Zeit ein ſehr beliebtes Thema geweſen iſt, wurde von Anfang an erſchwert und verwirrt durch eine falſche Stellung der zu beantwortenden Frage. Man fragte nämlich ſtets, ob durch die Verjährung das Recht ſelbſt, oder nur die Klage verloren werde, und durch dieſen Ausdruck wurde man in den wichtigſten und ſchwierigſten Fällen unver-

(nn) Reinhardt Usucapio und praescriptio Stuttgart 1832 S. 263, und Kierulff S. 200, verneinen die accessio bey der Klagverjährung wegen *L.* 8 *C. de pr. XXX.* (Note ll), und ſie thun Dieſes in ſo allgemeinen Ausdrücken, daß man glauben möchte, ſie wollten ſelbſt den Erben ausſchließen. Der zweyte bezieht die *L.* 76 § 1 *de contr. emt.* (Note hh) ganz unrichtig auf die Erſitzung, da die longi temporis praescriptio, wovon ſie redet, eben ſo eine Klagverjährung iſt, wie die dreyßigjährige.

merkt von den im Römiſchen Recht herrſchenden Begriffen entfernt. Vor aller Unterſuchung iſt es einleuchtend, daß der Gegenſatz jener Ausdrücke dazu dienen ſollte, eine ſtärkere und eine ſchwächere Wirkung der Verjährung zu unterſcheiden; und in der That haben ſich hiernach die Schriftſteller größtentheils in Zwey Parteyen geſondert, nur noch mit einigen untergeordneten Modificationen.

Fragen wir zuerſt nach der Wirkung der Klagverjährung bey den Klagen in rem, als deren Repräſentanten wir die Eigenthumsklage betrachten wollen. Hier gerade hat jener Ausdruck der Frage eine ſehr beſtimmte Bedeutung, aber hier kann auch die Antwort gar nicht zweifelhaft ſeyn für Den, welcher nicht vorgefaßte Meynungen, von den perſönlichen Klagen her, mit herüber bringt.

Zuvörderſt iſt es einleuchtend, daß die Fälle der Erſitzung ganz abgeſondert werden müſſen, da durch dieſe die Klagverjährung vollkommen und unzweifelhaft abſorbirt wird. Hat alſo z. B. der Beſitzer durch redlichen dreyßigjährigen Beſitz (ohne Titel) Eigenthum erworben (a), ſo iſt gewiß dem vorigen Eigenthümer das Recht ſelbſt verloren, eben weil es auf einen Anderen übergegangen iſt, und das Eigenthum derſelben ganzen Sache nicht zugleich in der Hand von Zwey Perſonen ſeyn kann. Von Klagverjährung iſt nicht mehr die Rede, weil das Recht ſelbſt

(a) *L.* 8 § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.). Es iſt die von neueren Schriftſtellern ſo genannte usucapio extraordinaria.

abſolut zerſtört iſt (b). Um alſo bey der Vindication die Klagverjährung in ihrer eigenthümlichen Natur anwenden zu können, müſſen wir den Fall ſo denken, daß der Beſitzer das Eigenthum *nicht* erwirbt, und dieſer Fall tritt in der That ein, wenn er einen unredlichen Beſitz hatte (c). In dieſem Fall aber iſt es auch ganz gewiß, daß nicht das Recht ſelbſt, ſondern nur die Klage, dem urſprünglichen Eigenthümer verloren geht. Denn es iſt ausdrücklich anerkannt, daß wenn nun der Beſitz durch Zufall an einen Dritten, ganz Unberechtigten, kommt, der vorige Eigenthümer gegen Dieſen vindiciren kann (d), welches bey verlornem Recht ganz undenkbar ſeyn würde. Wäre aber Dieſes auch nicht anerkannt, ſo würde dennoch die Annahme, daß der Eigenthümer ſein Recht (das Eigenthum) verlöre, zu einem ganz abſurden Erfolg führen. Die Sache wäre nun herrenlos geworden, und da der unredliche Beſitz noch immer fortdauert, ſo würde in demſelben Augenblick der Beſitzer durch Occupation das Eigenthum dieſer herrenloſen Sache erwerben, alſo auf einem anderen Wege gerade den Vortheil erlangen, den ihm Juſtinian durchaus verſagt (e). — Nicht glücklich iſt die Wendung, womit ein Vertheidiger der ſtärkeren Wirkung dieſen Einwürfen zu entgehen verſucht, indem er ſagt, das Recht ſelbſt

(b) Vgl. oben § 230 S. 197 Num. 1.

(c) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(d) *L.* 8 § 1 *C. cit.*, verb. „tunc licentia sit priori domino ... eam vindicare ...“

(e) Dieſe gute Bemerkung macht Guyet S. 89. 90. Ganz unbefriedigend iſt die Erwiederung von Vermehren S. 358.

werde vernichtet, aber nur per exceptionem (f). Damit wird eigentlich der innere Widerſpruch dieſer Meynung geradezu eingeſtanden, denn per exceptionem aufheben, heißt gerade: nicht das Recht ſelbſt vernichten, ſondern nur die Klage entkräften, alſo dem Recht denjenigen Schutz entziehen, den ihm bis dahin die Klage gewährt hat. (§ 225. 226). — Weit beſonnener iſt es daher, wenn ein anderer Vertheidiger der ſtärkeren Wirkung bey den Klagen in rem die Vernichtung des Rechts ganz aufgiebt, und ſie nur noch für die perſönlichen Klagen behauptet (g). Dadurch werden wir unmittelbar auf das eigentliche Gebiet dieſes großen Streites geführt.

Wenden wir uns nun zu den perſönlichen Klagen, ſo iſt ſogleich einleuchtend, daß durch dieſe nicht der ganze Umkreis der Obligationen erſchöpft iſt. Denn es giebt auch naturales obligationes, Obligationen ganz ohne Klage. Bey dieſen ſind Alle darüber einig, daß für ſie gar keine Verjährung eintritt. Diejenigen nun, welche die ſchwächere Wirkung behaupten, alſo die Verjährung blos auf die Klage beziehen, müſſen dieſelbe ohnehin verwerfen bey ſolchen Rechten, welche gar keine Klage haben. Wer die Vernichtung des Rechts ſelbſt als Folge der Verjährung anſieht, könnte dieſe ohne Inconſequenz auf die naturalen Obligationen anzuwenden verſuchen; wirklich behauptet hat ſie bey ihnen Niemand (h).

(f) v. Löhr S. 81. 82.

(g) Büchel S. 37 fg.

(h) Es ließe ſich denken, daß man für dieſen Fall auch eine po-

Es bleiben demnach nur die civilen Obligationen, das heißt die perſönlichen Klagen, als Gegenſtand der ferneren Unterſuchung übrig, und eben in dieſem wichtigſten Theil der ganzen Unterſuchung zeigt ſich der oben angegebene Ausdruck der Streitfrage ganz verderblich. Denn gerade auf dieſem Gebiet finden wir im Römiſchen Recht ſehr beſtimmte Begriffe, und zu deren Bezeichnung genaue Kunſtausdrücke; der hierdurch dargebotene Vortheil der Sicherheit in der Unterſuchung geht aber durch jenen willkührlich gewählten Ausdruck großentheils verloren, und gewiß liegt hierin ein Hauptgrund, warum in dieſer Lehre bisher durch den Streit ſo wenig Fortſchritt zur Einigung bewirkt worden iſt.

Im Römiſchen Recht kommen bey der Entkräftung einer früher wirkſamen civilen Obligation folgende verſchiedene Fälle vor:

1) Aufhebung der Obligation ipso jure. Beyſpiele: Erfüllung, Confuſion, Novation.

2) Aufhebung per exceptionem, ſo daß zugleich auch die naturalis obligatio zerſtört wird. Beyſpiele: exceptio pacti, jurisjurandi. — Dieſer Fall nähert ſich in der Wirkung dem erſten, bleibt aber doch von demſelben weſentlich verſchieden (§ 225).

3) Aufhebung per exceptionem, ſo daß die Obligation

ſitive Anſtalt zur Zerſtörung durch Verſäumniß getroffen hätte, welches nur nicht Klagverjährung geweſen wäre; daß daran kein Geſetzgeber gedacht hat, erklärt ſich aus der Seltenheit und praktiſchen Unwichtigkeit der bloßen naturales obligationes.

dennoch als naturalis obligatio wirksam bleibt. Beyspiel: exceptio rei judicatae (i).

Bringen wir mit diesen wirklichen, unzweifelhaften, Gegensätzen des Römischen Rechts den oben angegebenen Ausdruck der Streitfrage in Verbindung, so müßte sich eigentlich Folgendes ergeben. Diejenigen, welche die Wirkung der Verjährung in die Zerstörung des Rechts selbst setzen, müßten behaupten, die Obligation werde ipso jure aufgehoben; die, welche die Klage als zerstört ansehen, müßten die Aufhebung per exceptionem behaupten, wobey dann das Schicksal der naturalis obligatio noch unentschieden bliebe. So versteht aber die Streitfrage Niemand, wenigstens in neuerer Zeit, seitdem überhaupt so viel die Rede davon ist; man konnte es auch nicht im Allgemeinen so verstehen, weil ja im Römischen Recht beständig von der temporis *praescriptio* oder *exceptio* die Rede ist.

Zwar hat ein älterer Schriftsteller diesen Weg wirklich betreten, wenn auch nur theilweise. Donellus stellt folgende Unterscheidung auf (k): die Klagen sind theils durch das Gesetz selbst, welches sie einführte, der Verjährung unterworfen (wie die prätorischen Annalklagen), theils

(i) Dieselben Gegensätze kommen auch vor bey dem ursprünglichen Zustand einer Obligation. Auch hier kann sie seyn: 1) Ipso jure nulla 2) Per exceptionem ungültig, mit unwirksamer naturalis obligatio 3) Per exc. mit wirksamer naturalis obligatio. Beyspiele dieser drey Fälle: 1) Versprechen von Seiten eines Unmündigen 2) Exceptio doli oder metus. 3) Exceptio Sc. Macedoniani. — Über das von der exc. rei judicatae hergenommene Beyspiel vgl. unten § 249 c.

(k) Donellus Lib. 16 C. 8 § 21. 22., Lib. 22 C. 2 § 18.

erſt durch ſpätere Geſetze. Die erſten gehen durch die Verjährung ipso jure unter, die anderen per exceptionem. Sein Hauptgrund liegt darin, daß bey jenen Klagen das Edict zu ſagen pflegt: intra annum actionem dabo, woraus Donellus ſchließt, daß nach Ablauf des Jahres nulla actio vorhanden, alſo die bis dahin geltende ipso jure aufgehoben ſey (l). Wie wenig dieſer Ausdruck entſcheidet, zeigt das Beyſpiel von zwey Senatusconſulten, worin die Ungültigkeit mit demſelben Ausdruck bezeichnet wird, und doch Niemand zweifeln kann, daß es eine bloße Ungültigkeit per exceptionem iſt (m). Die Sache ſelbſt aber wird völlig widerlegt durch den Umſtand, daß gerade auch bey den prätoriſchen Annalklagen die Verjährung durch eine annua *exceptio* geltend gemacht wird (§ 247. g.). Und geſetzt

(l) Einen anderen Grund ſetzt Donellus in die *L.* 6 *de O. et A.* (44. 7.): „In omnibus *temporalibus actionibus*, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit *obligationem*." Zuerſt iſt aber auf den Ausdruck *finit* obligationem gar nicht das Gewicht zu legen, als ob er eine Aufhebung ipso jure bezeichnete. Zweytens erklärt Donellus ganz willkührlich temporalis actio für die von ihm bezeichnete Klaſſe von Klagen, da doch dieſer Ausdruck vielmehr urſprünglich eine überhaupt verjährbare Klage bezeichnete, im neueſten Recht auf eine kürzere als dreyßigjährige zu beziehen iſt (*pr. J. de perpet.* 4. 12.). Die rei vindicatio war lange Zeit ganz unverjährbar geweſen, und erſt ſpät wurde dafür die longi temporis praescriptio eingeführt; ſeitdem iſt ſie gewiß eine temporalis actio geweſen, obgleich der von Donellus willkührlich angenommene Sinn dieſes Kunſtausdrucks auf ſie nicht paßt. Bey ihr hätte alſo nach L. 6 de O. et A. (die Erklärung von Donellus bey dieſer Stelle vorausgeſetzt) die Verjährung ipso jure wirken müſſen, welches doch augenſcheinlich nicht der Fall iſt.

(m) *L.* 2 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.) „... ne eo nomine ab his petitio, *neve in eas actio detur* ..." Eben ſo heißt es in *L.* 1 *pr. de Sc. Mac.* (14. 6.) ne cui .. *actio petitioque daretur.*"

auch, die Anſicht von Donellus wäre richtig, ſo wäre damit für den wichtigſten und häufigſten Fall, die dreyßigjährige Verjährung, Nichts entſchieden; der Zweifel wäre nicht gelöſt, ſondern nur auf ein etwas engeres Gebiet eingeſchränkt.

Die Meynung des Donellus hat keine Anhänger gefunden. Die neueren Schriftſteller gehen davon aus, daß die Klagverjährung nicht ipso jure, ſondern per exceptionem wirke, und der wahre Sinn ihrer Streitfrage geht dahin, ob die naturalis obligatio zerſtört werde, oder beſtehen bleibe. Für dieſe Frage aber iſt der oben erwähnte Ausdruck des Gegenſatzes (Recht ſelbſt, oder Klage zerſtört) ganz unpaſſend; ich werde denſelben fortan vermeiden, und die Frage in ihrem nunmehr beſtimmten wahren Sinn behandeln, dafür aber auch den nun unzweydeutigen kürzeren Ausdruck gebrauchen,

ob die ſtärkere oder die ſchwächere Wirkung der Klagverjährung anzunehmen ſey (n)?

(n) Die ſtärkere Wirkung behaupten, unter den oben angeführten Schriftſtellern: v. Löhr Heimbach, Vermehren, Büchelz außerdem Wangerow I. S. 175. 176. 180. Kierulff S. 210—214. — Die ſchwächere Wirkung: Francke, Guyetz außerdem: Weber natürliche Verbindlichkeit § 92, und: Beyträge S. 54 fg. Glück B. 13 S. 100. 380, B. 15 S. 65, B. 20 S. 162. Unterholzner Verjährung II. § 258, Schuldverhältniſſe B. 1 § 247. Mühlenbruch II. § 481. Puchta Lehrbuch § 77. Göſchen § 154. Ich erkläre mich für dieſe zweyte Meynung. — Außer dieſen regelmäßigen Parteymeynungen ſtehen iſolirt folgende Schriftſteller: Donellus, welcher zwiſchen kurzen und langen Verjährungen unterſcheidet (Note k), Rave, deſſen Meynung mit ſeiner beſonderen Lehre von der bona fides zuſammenhängt (§ 246), und

§. 249.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortſetzung.)

Die Entſcheidung der aufgeſtellten Streitfrage iſt oft durch Äußerungen in unſren Rechtsquellen verſucht worden, welche entweder von einer verlornen actio, oder aber von einer aufgehobenen obligatio ſprechen. Stellen der erſten Art wurden für die ſchwächere, Stellen der zweyten für die ſtärkere Wirkung als Beweiſe angeführt. Dieſes Verfahren iſt nicht etwa deswegen zu tadeln, weil den alten Juriſten, deren Ausſprüche wir in den Digeſten leſen, die dreyßigjährige Verjährung unbekannt war; denn was ſie von der Wirkung der damals als Ausnahme geltenden Klagverjährung, z. B. der prätoriſchen Annalklagen, behaupten, können wir ohne Bedenken auch auf die erſt im neueren Recht eingeführte dreyßigjährige Verjährung anwenden. Der Fehler in jenem Verfahren liegt vielmehr darin, daß jene ſchwankenden, unbeſtimmten Ausdrücke ohne Grund als Entſcheidungen für die vorliegende Frage gelten ſollen. Denn mit der Behauptung einer verlornen actio, wie einer (durch Exception) aufgehobenen obligatio, iſt die Fortdauer oder Zerſtörung der naturalis obligatio

Thibaut, der im Lauf der Zeit drey verſchiedene Meynungen angenommen hat: zuerſt die hier vertheidigte, zuletzt die der Gegner, in einer mittleren Zeit den Untergang des Rechts ſelbſt, bey der dreyßigjährigen, der bloßen Klage bey den kürzeren. Verjährung S. 118. Pandekten Ausg. 7 § 1056. 1062. Ausg. 8 § 1019. 1025. Braun's Erörterungen zu § 1056.

gleich vereinbar, so daß über diesen allein wichtigen Gegensatz durch jene Ausdrücke Nichts entschieden wird (a).

Wichtiger ist es, die Regel aufzusuchen, nach welcher überhaupt, und auch in anderen Fällen, einer per exceptionem aufgehobenen Klage, die Fortdauer oder Aufhebung der naturalis obligatio sich richtet. Eine solche Regel nun wird ausdrücklich aufgestellt von Pomponius, Marcian und Ulpian. Die Exceptionen, welche odio creditorum eingeführt sind, sollen die schwächere Wirkung hervorbringen, die zum Vortheil des Schuldners eingeführten die stärkere (b).

Aber wie sicher und bestimmt auch diese Regel aussehen mag, so sind wir doch wenig dadurch gefördert. Zuerst schon deswegen, weil die Anwendung derselben so sehr schwankend und unsicher ist, wie sich denn in der That beide streitende Parteyen darauf berufen. Die Vertheidiger der schwächeren Wirkung, indem sie sagen, die Verjährung sey eine Strafe der Nachlässigkeit; worauf aber

(a) Diesen Punkt hat gründlich, und mit Angabe vieler Beyspiele, behandelt Heimbach S. 437—440. Nur ist er sich nicht treu geblieben, indem er S. 448 den Ausdruck tempore *liberari* als Beweis ansieht, daß durch die Verjährung „das ganze Recht aufgehoben" werde, da dieser Ausdruck „deutlich die Befreyung von aller Verbindlichkeit anzeigt." — Liberari wird gebraucht für ipso jure, wie für per exceptionem (*L.* 1 § 2 *quae in fraud.* 42. 8, *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* 34. 3); und in dem letzten Fall auch für die schwächere Wirkung, mit fortdauernder naturalis obligatio. *L.* 60 *de fidej* (46. 1.) „Ubicunque reus *ita liberatur* a creditore, *ut natura debitum maneat*, teneri fidejussorem respondit: cum vero *genere novationis* transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum."

(b) *L.* 19 *pr. de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 40 *pr. eod.*, *L.* 9 § 4 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

nicht unrichtig erwiedert wird, daß Dieſes weniger der Grund des verhängten Nachtheils, als deſſen Entſchuldigung iſt (§ 237). Die Vertheidiger der ſtärkeren Wirkung, indem ſie den Schutz des Beklagten als Grund der Verjährung angeben; wogegen aber zu bedenken iſt, daß dieſelbe mehr im Intereſſe der allgemeinen Ordnung, als zum Schutz einer beſonderen Menſchenklaſſe (wie das Sc. Vellejanum) angewendet wird.

Noch weit mißlicher aber ſteht es um die Wahrheit jener angeblichen Regel, die ſich in mehreren anderen Fällen der Anwendung, und zwar gerade den unzweifelhafteſten, durchaus nicht bewährt. So hat die exceptio rei judicatae die ſchwächere Wirkung (c), wobey doch gewiß Niemand ſagen wird, daß ſie odio creditoris gegeben werde; ganz eben ſo verhält es ſich mit der im älteren Recht auf Prozeßverjährung gegründeten Einrede (d). Ge-

(c) Es gilt bey ihr das solutum non repetere, alſo die Fortdauer einer naturalis obligatio. *L.* 28 *L.* 60 *pr. de cond. indeb.* (12. 6.). Dieſes beſtätigt ſich auch durch die gewöhnlich überſehene Weiſe, wie die verſchiedenen Exceptionen in dem Inſtitutionentitel de exceptionibus (4. 12.) angeführt werden. § 1—4 ſtehen die exc. metus, doli, pacti, jurisjurandi, und bey jeder derſelben wird ihre Herleitung aus dem jus gentium (*iniquum* est condemnari) ſorgfältig bemerkt. Dagegen ſteht bey der exc. rei judicatae im § 5 nicht dieſe Bemerkung, ſondern es heißt hier blos: *debes* per exc. r. j. *adjuvari.* — Übrigens iſt dieſe Frage von alter Zeit her ſehr controvers, und der neueſte Schriftſteller erklärt ſich gegen die hier vertheidigte Meynung. Pfordten im Archiv B. 24 S. 108 fg. (1841).

(d) *L.* 8 § 1 *ratam rem* (46. 8.) „quia naturale debitum manet." In dieſem Fall dauert namentlich auch das Pfandrecht fort. (§ 250. v.) Vgl. Keller Litiscontestation S. 158.

rade umgekehrt aber ist es bey keiner Exception so gewiß, daß sie odio creditoris gegeben wird, als bey der dem Betrüger oder dem Gewaltthätigen entgegenstehenden doli oder metus exceptio; und doch ist es gerade bey diesen eben so gewiß, daß keine naturalis obligatio zurückbleibt, also das (aus Irrthum) Gezahlte zurückgefordert werden kann (e). — Hieraus geht nun klar hervor, wie es sich mit der Bildung jener Regel zugetragen hat. Den angeführten drey alten Juristen (unter welchen stets Einer dem Andern hierin gefolgt zu seyn scheint) standen blos zwey einzelne Fälle von verschiedenem praktischen Erfolg vor Augen, die exceptio Sc. Macedoniani und Vellejani. Sie suchten aus diesen eine allgemeine Regel durch Abstraction zu bilden, und hielten sich dabey an die Eigenschaften derselben, welche zunächst in die Augen fallen, unbekümmert um die Anwendbarkeit der so gefundenen Regel auf andere, ganz ungleichartige Fälle. Und so liegt hierin eine neue Bestätigung der schon öfter vorgetragenen Bemerkung, mit wie vielem Mistrauen solche abstract gefaßte Regeln der alten Juristen behandelt werden müssen (f).

Finden wir uns nun genöthigt, die eben erörterte Regel, ungeachtet ihres quellenmäßigen Scheins, ganz aufzugeben, so läßt sich anstatt derselben eine andere aufstellen,

(e) *L.* 65 § 1 *de cond. ind.* (12. 6.) „... Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, (*et*) *repetitio dabitur.*" *L.* 7. *L.* 8 *de cond. ob turp.* (12. 5.)

(f) Vgl. oben B. 1 § 14 S. 47, § 41 S. 276. B. 3 Beylage VIII. Num. VIII. S. 346. 347.

die ich in der That für richtig halte. Naturalis obligatio iſt überhaupt diejenige, welche im jus gentium ihre Wurzel hat (g). Daher müſſen wir conſequenterweiſe erwarten, daß diejenigen Exceptionen, welche ſich lediglich auf Römiſches jus civile gründen, für eine fortwirkende naturalis obligatio Raum laſſen werden, anſtatt daß die ſchon im jus gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerſtörung der naturalis obligatio mit ſich führen werden. — Und dieſe ſo unterſcheidende Regel findet ſich denn in der That, faſt ohne Ausnahme, durch unzweifelhafte Anwendungen im Einzelnen beſtätigt.

Folgende Exceptionen gründen ſich lediglich auf das poſitive Recht, und laſſen in der That Raum für eine naturalis obligatio, ſo daß bey ihnen, ſelbſt im Fall der irrigen Zahlung, die condictio indebiti ausgeſchloſſen iſt (solutum non repetitur):

Sc. Macedoniani (Note b).

Rei judicatae (Note c).

Als Retorſion wegen jus iniquum (h).

Wegen des ſogenannten beneficii competentiae (i).

Wegen Prozeßverjährung (Note d).

Dagegen ſind folgende Exceptionen ſchon auf das jus gentium gegründet, und bey ihnen iſt es zugleich unzwei-

(g) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17.) „Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus."

(h) *L.* 3 § 7 *quod quisque juris* (2. 2.) „superesse enim naturalem causam quae inhibet repetitionem."

(i) *L.* 8. 9 *de cond. indeb.* (12. 6.).

felhaft, daß keine fortwirkende naturalis obligatio übrig bleibt, daß also das irrig Gezahlte zurückgefordert werden kann:

Exc. pacti (k),

Doli (Note e),

Jurisjurandi (l).

Es findet sich eine einzige Ausnahme in der exceptio Sc. Vellejani, die einen ganz positiven Ursprung hat, und dennoch die naturalis obligatio zerstört (Note b). Hier also fand man einen durchgreifenderen Schutz der Frauen, mit Aufopferung der Rechtsanalogie, nöthig, und diese bestimmte Absicht wird auch in den Worten des Senatsschlusses angedeutet (m). Diese einzelne, mit Bewußtseyn vorgeschriebene, Ausnahme kann also die Wahrheit der aufgestellten Regel nicht zweifelhaft machen.

Legen wir nun diese Regel zum Grund, so können wir über die Behandlung der temporalis exceptio nicht zweifelhaft seyn. Diese gehört ganz dem positiven Recht, nicht dem jus gentium, an, und es muß daher neben ihr eine fortwirkende naturalis obligatio übrig bleiben. Als unmittelbare Bestätigung dafür dient noch die so nahe liegende Analogie der alten Prozeßverjährung (Note d), indem es in der That ganz willkührlich und unnatürlich

(k) *L.* 34 § 11 *de sol.* (46. 3.). *L.* 32 § 1 *L.* 40 § 2 *de cond. ind.* (12. 6.)

(l) *L.* 43 *de cond. ind.* (12. 6.)

(m) *L.* 2 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.). Nachdem das Verbot der Klage, gleichlautend mit dem Sc. Macedonianum, ausgesprochen war, (§ 248. m) wird der eigenthümliche Zusatz gemacht: „cum eas ... ejus generis obligationibus obstringi *non sit aequum.*“

wäre, wenn dieſe beide, ſo nahe verwandte, Rechtsinſtitute eine völlig verſchiedene praktiſche Behandlung erfahren ſollten (n).

Folgende allgemeine Betrachtungen können noch als entferntere Beſtätigungen der hier vertheidigten, ſchwächeren Wirkung der Verjährung dienen.

Alle ſind darüber einverſtanden, daß für die urſprüngliche naturalis obligatio eine Verjährung niemals eintreten kann (§ 248). Es wäre aber ganz grundlos und unnatürlich, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung ſeine Klage verloren hat, in eine nachtheiligere Lage zu verſetzen als Den, welcher niemals eine Klage hatte. Soll dieſe Inconſequenz vermieden werden, ſo iſt dazu kein anderes Mittel übrig, als die naturalis obligatio noch nach der vollendeten Verjährung fortdauern zu laſſen (o).

Da ferner die Verjährung der Klagen in rem dem Berechtigten nicht Alles entzieht, was er hatte, ſondern nur den Schutz durch Klage, wodurch er freylich mit ſeinen Hoffnungen auf eine ſehr zufällige, unſichere Zukunft verwieſen wird, ſo iſt es ganz conſequent, genau denſelben Erfolg auch bey den verjährten perſönlichen Klagen eintreten zu laſſen.

Beide Betrachtungen können insbeſondere dazu dienen, die zu weit getriebene Conſequenz der Gegner in ihrer

(n) Francke S. 74—78 hat die Wichtigkeit dieſer Analogie bemerklich gemacht.

(o) Dieſer Grund wird geltend gemacht von Göſchen § 154.

Unhaltbarkeit darzustellen. Allerdings ist im Allgemeinen ihre Behauptung zuzugeben, daß die Verjährung den bestehenden factischen Zustand durch Ablauf einer gewissen Zeit unanfechtbar machen soll. Allein sie soll es doch nur, indem sie die gefährlichste Störung jenes Zustandes, das Klagrecht, hinwegräumt. Da nun bey den ursprünglichen naturales obligationes, so wie bey den Klagen in rem, ein Keim möglicher künftiger Streitigkeiten, ungeachtet des Ablaufs sehr langer Zeit, zurück bleiben darf, so kann es nicht mit der angegebenen Bestimmung der Verjährung im Widerspruch stehen, wenn für die civilen Obligationen genau derselbe Erfolg gefordert wird.

Die Gegner suchen die stärkere Wirkung der Verjährung, auf etwas künstliche Weise, aus einer Stelle des Ulpian zu erweisen (p). Bekanntlich wird die actio doli, weil sie den Verurtheilten infamirt, nur da zugelassen, wo dem Betrogenen nicht auf eine schonendere Weise zur Abwendung des Schadens geholfen werden kann. Sie wird daher ausgeschlossen durch jede denselben Zweck erfüllende

(p) *L.* 1 § 4. 6 *de dolo* (4. 3.). Heimbach S. 440—442. — Allerdings werden noch mehrere Stellen, bald für die eine, bald für die andere Meynung geltend gemacht, die aber Nichts beweisen, worauf auch meist weniger Gewicht gelegt wird, und auf die ich hier nicht besonders eingehen will, um nicht die Aufmerksamkeit von den Hauptpunkten abzuziehen. Dahin gehören folgende: *L.* 19 *pr. de neg. gestis* (3. 5.), *L.* 24 *de m. c. don.* (39. 6.) (geht gewiß nicht auf Klagverjährung), *L.* 5. 6 *C. de except.* (8. 36.). Von diesen letzten, so wie von der wichtigen *L.* 5 § 6 *de doli exc.* (44. 4.), welche Guyet S. 78 fg. mit Unrecht als entscheidend für die schwächere Wirkung ansieht, wird unten bey der Verjährung der Exceptionen die Rede seyn (§ 255).

andere Klage oder Exception. Wenn alſo durch Betrug eine Stipulation bewirkt worden iſt, ſo hat der Betrogene deswegen nicht die doli actio, weil er durch die doli exceptio vollkommenen Schutz gegen die Stipulationsklage des Betrügers, die ihm allein ſchaden könnte, erhält (q). Sogar wenn er zu ſeinem Schutz eine andere Klage hatte, dieſe aber durch Verjährung untergehen ließ, wird ihm die doli actio verſagt, weil es nun ſeine eigene Schuld iſt, wenn er ohne Schutz bleibt (r). Nur in dem Fall erhält er dennoch die doli actio, wenn er durch des Gegners Betrug verleitet wird, die Verjährungsfriſt ablaufen zu laſſen (§ 245. i), weil nun die Urſache des Verluſts nicht in der Nachläſſigkeit, ſondern eben in dem Betrug liegt (s). Nun argumentiren die Gegner alſo: Wäre bey dieſer verjährten Klage eine naturalis obligatio übrig geblieben, welche immer eine Exception zur Folge hat (t),

(q) *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.) „... si interdictum sit, quo quis experiri, *vel exceptio*, *qua se tueri possit*, cessare hoc edictum." Allerdings iſt hier ganz beſonders auch die doli exceptio gemeynt, nur nicht dieſe allein, da viele andere Exceptionen denſelben Dienſt leiſten können, und ſogar noch viel bequemer, weil bey ihnen der ſchwierige Beweis des Betrugs vermieden wird. Wird z. B. eine Frau durch Betrug zu einer Bürgſchaft verleitet, ſo braucht ſie weder die actio noch die exceptio doli, weil ſie ohne alle Beweisführung durch die exc. Velleiani geſchützt iſt. Eben ſo kann es ſich verhalten mit der exc. Sc. Macedoniani, L. Cinciae, L. Plaetoriae, rei judicatae u. ſ. w.

(r) *L.* 1 § 6 *de dolo* (4. 3.) „... et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere: sibi imputaturo eo, qui agere supersedit."

(s) *L.* 1 § 6 *de dolo* (4. 3.) unmittelbar hinter den in der Note abgedruckten Worten: „nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret*."

(t) Dieſes iſt inſofern wahr, als einige der poſitiven Folgen der naturalis obligatio allerdings

so würde der Betrogene durch diese Exception gegen Nachtheil geschützt seyn, also die doli actio nicht haben; da er sie in der That haben soll, so folgt daraus, daß eine Exception, also auch eine naturalis obligatio, nicht vorhanden seyn kann. — Bey dieser Beweisführung liegt aber folgende Verwechslung zum Grunde. Wenn der Prätor die doli actio wegen einer concurrirenden Exception versagt, so meynt er damit eine Exception die wirklich schützt, „qua se tueri possit," und von dieser Art sind auch wirklich die oben (Note q) angegebenen Fälle; dagegen haben diese Natur durchaus nicht die Exceptionen, welche höchst zufälligerweise in Folge einer naturalis obligatio vielleicht einmal künftig gebraucht werden können. Gesetzt also, der Glaubiger, welcher durch des Gegners Betrug verleitet worden war, eine Verjährung ablaufen zu lassen, hatte wirklich noch (so wie wir es behaupten) eine naturalis obligatio übrig, so konnte ihm doch unmöglich der Prätor die doli actio versagen, indem er ihn darauf vertröstete, der Zufall werde vielleicht einmal eine Compensation herbeyführen, oder der Schuldner werde vielleicht aus Irrthum Zahlung leisten, in welchem Fall ihm dann auch

durch Exceptionen geltend gemacht werden, namentlich die Compensation. Ausdrücklich gesagt wird es für die naturalis obligatio im Allgemeinen nicht, sondern nur für die nuda pactio, und hier hat der Satz eine bestimmte praktische Bedeutung dadurch, daß unter pactio oder pactum vorzugsweise ein Erlaßvertrag verstanden wird, dessen unvollständige Wirkung eben in einer Exception gegen die Stipulationsklage des Glaubigers bestand. *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14.) „Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem."

gewiß die condictio indebiti abgeſchlagen werden ſolle. Vielmehr mußte in einem ſolchen Fall der Prätor die doli actio wirklich zulaſſen, obgleich eine naturalis obligatio noch nach dem Ablauf der Verjährung übrig geblieben war.

§ 250.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortſetzung.)

Bisher iſt die Frage nach der Fortdauer der naturalis obligatio blos von dem Standpunkt allgemeiner Gründe aus erörtert worden. Ich wende mich jetzt zu der Unterſuchung der einzelnen Wirkungen, und dieſe enthalten nicht nur das praktiſch wichtigſte Moment der Frage, ſondern es iſt auch in ihnen vorzugsweiſe die letzte Entſcheidung des Streites zu ſuchen.

Es kommen überhaupt folgende poſitive Wirkungen der naturalis obligatio vor (a):

Solutum non repetere, d. h. die Ausſchließung der condictio indebiti im Fall einer irrig geleiſteten Zahlung.

Compenſation.

Novation.

(a) Nämlich der unterſcheidende Character derſelben, in Vergleichung mit der civilis obligatio, iſt blos negativ, die Abweſenheit der Klage; davon kann hier nicht die Rede ſeyn. — Ich werde die hier aufgezählten poſitiven Wirkungen in anderer Ordnung vortragen, indem ich diejenigen Fälle voran ſtelle, die theils für das wirkliche Leben wichtiger, theils durch reichhaltige Ausſprüche der Rechtsquellen fruchtbarer für unſre Einſicht ſind.

Fidejussion.

Constitutum.

Pfandrecht.

Die vier letzten Wirkungen lassen sich auf den gemeinsamen Begriff von Accessionen der Obligation zurück führen.

Voraus ist noch zu bemerken, daß die Auslegung mehrerer hierher gehörenden Stellen dadurch unsicher wird, daß in denselben der Ausdruck tempore liberari vorkommt. Dieser ist schon an sich selbst vieldeutig, indem er außer der Klagverjährung auch die Prozeßverjährung, oder auch den durch eine L. Furia verordneten Untergang mancher Bürgschaften durch zweyjährige Dauer (b) bezeichnen kann. Er wird aber für unsre Einsicht in den wahren Sinn jener Stellen dadurch doppelt hinderlich, daß die zwey letzten unter den erwähnten Rechtsinstituten im Justinianischen Recht nicht mehr gelten, weshalb die von ihnen ursprünglich redenden Stellen der alten Juristen manche für uns unbestimmbare Interpolationen erhalten haben mögen.

Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung müssen consequenterweise die Möglichkeit aller jener Rechtsverhältnisse nach abgelaufener Verjährung verneinen; die Anderen müssen diese Möglichkeit behaupten (c).

(b) Gajus III. §. 121. Dieser, durch einen Volksschluß bewirkte Untergang der Obligationen des Sponsor und des fidepromissor trat ohne Zweifel ipso jure ein (da eine Exception dabey nicht erwähnt wird), zerstörte also die Substanz des Rechts selbst, nicht die bloße Klage, und war daher in der Art der Einwirkung von der Verjährung ganz verschieden.

(c) Dieses geschieht nun im Ganzen wirklich, so daß die beiden oben bezeichneten Parteyen

I. Pfandrecht.

Dieſe Wirkung der bloßen naturalis obligatio iſt unter allen die wichtigſte, ſchon deshalb, weil in den meiſten Fällen ihr Einfluß unbedingt eintritt, nicht erſt von zufälligen Umſtänden abhängig iſt.

Es hat aber die Möglichkeit dieſes Rechts (wenn ſie vorhanden iſt) eine zwiefache Anwendung. Erſtlich, indem für eine bereits verjährte Schuldklage ein Pfand neu errichtet werden kann; zweytens, indem das vorher errichtete Pfand fortdauert und wirkſam bleibt, auch nachdem die perſönliche Schuldklage verjährt iſt. Die erſte Anwendung iſt weder häufig noch wichtig, und wird daher auch in unſren Rechtsquellen nicht erwähnt; deſto häufiger und wichtiger iſt die zweyte Anwendung, ja man kann ſagen, daß in ihr eigentlich das Intereſſe, ſo wie die Entſcheidung, der ganzen Streitfrage liegt.

Nach allgemeinen Grundſätzen kann ein Pfandrecht nur anfangen, wenn eine wahre, gültige Obligation vorhanden iſt, es mag jedoch dieſelbe civilis oder naturalis ſeyn, worauf es nicht ankommt (d). Eben ſo kann es nur fortdauern ſolange als eine Obligation fortdauert; aber die Fortdauer auch blos des naturalen Beſtandtheils der Obligation iſt für die Erhaltung des Pfandrechts völlig hin-

(§ 248. n) auch in dieſen Anwendungen einander gegenüber ſtehen. Kleine Inconſequenzen, welche hier und da mit unterlaufen, werden im Einzelnen bemerkt werden.

(d) *L.* 5 *de pign.* (20. 1.) „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione ... et vel pro civili obligatione, vel honoraria, *vel tantum naturali* ..."

reichend (e). Hieraus folgen diese zwey Regeln: Wenn nach verjährter Schuldklage eine naturalis obligatio fortdauert, so wird auch das Pfandrecht fortdauern müssen; und wenn umgekehrt sich beweisen läßt, daß nach verjährter Schuldklage ein Pfandrecht fortdauert, so wird daraus rückwärts auf die Fortdauer einer naturalis obligatio geschlossen werden dürfen, da es ohne diese gar nicht fortdauern könnte. — Ehe ich den Beweis unternehme, daß wirklich ein Pfandrecht nach verjährter Schuldklage fortdauert, will ich verwandte Rechtsinstitute mit in die Betrachtung ziehen, wodurch die eben aufgestellten Regeln theils Bestätigung, theils größere Anschaulichkeit finden werden.

Wenn eine Obligation zwar nur per exceptionem aufgehoben wird, aber so daß zugleich die naturalis obligatio untergeht, hört stets auch das Pfandrecht gänzlich auf; so geschieht es bey der exc. pacti und jurisjurandi (f). Wenn dagegen bey der Aufhebung per exceptionem eine naturalis obligatio fortdauert, so bleibt auch das Pfandrecht gültig; so findet es sich bey der exc. rei judicatae, nach einem ungerecht freysprechenden Urtheil (§ 249. c). Dieser wichtige Satz findet Anerkennung in folgender Entscheidung eines Rechtsfalls. Ein Schuldner, der seinen Sklaven verpfändet hatte, tödtet oder verstümmelt denselben

(e) *L.* 14 § 1 *de pign.* (20. 1.) „Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, *pignus perseverare constitit.*"

(f) *L.* 11 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 13 *quib. modis pign.* (20. 6.), *L.* 40 *de jurej.* (12. 2.). Vgl. oben § 249 k. l.

ben, und vernichtet alſo oder vermindert den dem Pfandglaubiger haftenden Kaufwerth; hier ſoll gegen den Schuldner die actio L. Aquiliae gelten. Zwar in den meiſten Fällen wird kein Intereſſe vorhanden ſeyn, da der Glaubiger dieſelbe Summe, die er mit dieſer Delictsklage einfordern könnte, auch ſchon durch die Schuldklage erhalten kann, in welchem Fall er durch die Tödtung des Sklaven gar keinen Nachtheil erleidet. Die Entſcheidung wird alſo nur in ſolchen Fällen von praktiſchem Werth ſeyn, wenn die Schuldklage nicht mehr wirken kann, weil ſie durch ungerechtes Urtheil oder einen Prozeßfehler verloren worden iſt (g). Damit iſt alſo anerkannt, daß, durch

(g) *L.* 27 *de pign.* (20. 1.) „.. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat." Causa cadere kann auf jeden zufälligen Prozeßverluſt (bey hier vorausgeſetztem wirklichen Recht) gehen; alſo auf ungerechte Freyſprechung ſowohl, als auf Verluſt wegen plus petere, welcher Verluſt auch nur durch Freyſprechung eintritt. — Die entgegengeſetzte Meynung, nämlich die Befreyung des Pfandes durch Abweiſung der Schuldklage, ſoll nach den Meiſten aus folgender Stelle hervorgehen. *L.* 13 *quib. modis pign.* (20. 6.) „... si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, *tamen pignus liberatur.*" Allein liberare bezeichnet nicht nur das ipso jure, ſondern auch das per exceptionem (§ 249. a). Durch die Freyſprechung von der Schuldklage erwirbt der Schuldner unſtreitig auch gegen die Hypothekarklage die exc. rei judicatae, da zur Begründung dieſer Klage unter andern auch das Daſeyn der Schuld behauptet und bewieſen werden muß. (*L.* 10 *C. de pign. act.* 4. 24. *L.* 1 *C. si pign. conv.* 8. 33.). Allein wenn nun die verpfändete Sache an einen dritten Beſitzer kommt, der nicht von dem Schuldner geerbt oder gekauft hat, ſo hat dieſer keinen Anſpruch auf die exc. rei judicatae, und nun wirkt das Pfandrecht unbeſchränkt fort; Das iſt durch den Ausdruck der zuletzt angeführten Stelle auf keine Weiſe ausgeſchloſſen. Die in dieſer letzten Stelle angeſtellte Vergleichung mit dem Eid darf alſo nur nicht zu unbedingt durchgeführt werden, ſie iſt nur wahr

die Freysprechung von der Schuldklage, die fortdauernde Wirksamkeit des Pfandrechts nicht gehindert wird.

Ich gehe nach dieser Vorbereitung auf die Hauptfrage selbst ein: Wirkt das Pfandrecht fort, nachdem die Schuldklage verjährt ist? Allerdings, und zwar nach dem Zeugniß mehrerer einzelnen Stellen, noch weit entschiedener aber nach den ganz unbestrittenen Regeln über die eigenthümliche Verjährung der Hypothekarklage. Nachdem nämlich die dreyßigjährige Verjährung aller Schuldklagen eingeführt war, blieb dennoch die Hypothekarklage gegen den Schuldner und dessen Erben lange Zeit ganz unverjährbar; dann wurde sie zwar der Verjährung unterworfen, aber doch nur einer vierzigjährigen (§ 238). So giebt es also noch im heutigen Recht Zehen volle Jahre nach verjährter Schuldklage, in welchen das Pfandrecht nicht nur überhaupt fortdauert, sondern selbst auf die allerstärkste Weise, durch Klage gegen den besitzenden Schuldner, geltend gemacht werden kann. Denn das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen, und sich mit dem Kaufgeld bezahlt zu machen, knüpft sich von selbst als nothwendige Folge an jene Klage.

Dieses Argument ist nicht nur der entscheidendste Beweis in dem ganzen Gebiet der vorliegenden Streitfrage, sondern es enthält auch an sich selbst schon das wichtigste praktische Moment in diesem Streit. Sehen wir zu, wie die Gegner demselben zu begegnen suchen.

für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner.

Man ſagt, jene vierzigjährige Verjährung gehe nur auf Pfänder für Schulden, die urſprünglich bloße naturales obligationes waren, alſo ſelbſt keiner Verjährung unterlagen (h). Ich will dieſem Einwurf nicht mit der Behauptung Derjenigen begegnen, welche meynen, ein ſolches Pfand gebe überhaupt keine Klage, ſondern eine bloße Retention, wenn der Glaubiger zufällig beſitze (i); denn dieſe Behauptung ſelbſt halte ich für ganz verwerflich. Aber der erwähnte Einwurf iſt deswegen unhaltbar, weil die urſprünglichen naturales obligationes in ſo ſeltnen, für den Zuſammenhang des ganzen Verkehrs ganz unbedeutenden Verhältniſſen beſtehen, daß für ſie eine ſo ausführliche, ſehr in's Einzelne gehende Geſetzgebung, wie die über die Verjährung der Hypothekarklage, gewiß nicht nöthig gefunden worden wäre. Und hätte auch ein Kaiſer an der mühſamen Behandlung einer ſo unpraktiſchen Spitzfindigkeit Vergnügen gefunden, ſo würde er doch die Eigenthümlichkeit dieſes aus Liebhaberey gewählten Objects beſtimmt ausgedrückt haben, wovon aber in jenen Verjährungsgeſetzen keine Spur zu finden iſt. Bey ſo unbeſtimmt allgemeinen Ausdrücken mußte jeder Richter dieſe Verjährungsgeſetze ganz allgemein anwenden, alſo auch auf die Pfänder für Civilobligationen, ganz gegen die in jener Meynung vorausgeſetzte Abſicht der Geſetzgeber.

Ein zweyter Verſuch, jenes Hauptargument zu ent-

(h) Heimbach S. 457—460. B. 18 § 1076. Vgl. dagegen Francke S. 66 S. 80—85.
(i) Weber natürliche Verbindlichkeit § 107. Glück B. 14 S. 43

kräften, besteht darin. Es soll in jenen Verjährungsgesetzen vorausgesetzt seyn eine Schuldklage, deren Verjährung verhindert worden ist, entweder durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins, oder durch Anstellung der Schuldklage (k). Beides aber ist ganz verwerflich; denn der neue Schuldschein unterbricht die Verjährung nicht nur der persönlichen, sondern auch der Hypothekarklage (l); und eben so verhält es sich auch mit der Anstellung der Schuldklage, wodurch gleichfalls die Verjährung beider Klagen zugleich unterbrochen wird (m).

Etwas scheinbarer ist ein neuer Versuch, wodurch die Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage (also das wichtigste praktische Moment) zugegeben wird, und nur der Rückschluß auf die fortdauernde naturalis obligatio bekämpft werden soll (n). Hier geht man davon aus, daß auch in mehreren anderen Fällen eine Fortdauer des Pfandrechts, abweichend von allgemeinen Grundsätzen, angenommen werde, blos mit Berufung auf den Buchstaben des Servianischen Edicts: nisi solutum vel

(k) Donellus Lib. 16 C. 26 § 8—10, und Comm. in Codicem in L. 2 C. de luit. p. 372.

(l) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). Kierulff S. 214 sucht dieser Erklärung einen neuen Halt zu geben durch die Voraussetzung, in dem neuen Schuldschein könne dem Pfandrecht ausdrücklich widersprochen worden seyn. Daß die ganze wichtige Gesetzgebung über Verjährung der Hypothekarklage blos mit Rücksicht auf einen so verwickelten, vielleicht noch nie vorgekommenen, Fall erlassen worden sey, ist durchaus undenkbar; es gilt in dieser Hinsicht Alles, und in noch höherem Grade, was oben gegen Heimbach (Note h) bemerkt worden ist.

(m) *L.* 3 *C. de ann. except.* (7. 40.).

(n) Büchel S. 40—61.

satisfactum sit; die Hypothekarklage ſollte nach dieſen Worten ſolange fortdauern, bis der Gläubiger entweder Zahlung empfangen, oder in die Aufhebung eingewilligt hätte. Da nun nach eingetretener Klagverjährung keine dieſer beiden Thatſachen behauptet werden könne, ſo werde, mit Hülfe des bloßen Buchſtabens jenes Edicts, die Hypothekarklage aufrecht erhalten, obgleich gar keine Schuld, nicht einmal eine naturalis obligatio, mehr vorhanden ſey. — Hierauf iſt Folgendes zu antworten. Es kommen allerdings einige Fälle vor, worin jenes etwas ſubtile Verfahren angewendet wird. Dieſe Fälle aber ſind insgeſammt ſo beſchaffen, daß darin, dem ſubtilſten Buchſtaben des Civilrechts gegenüber, eine ganz einleuchtende aequitas geſchützt werden ſoll. Ein ſolcher Schutz würde im Nothfall durch außerordentliche Rechtsmittel, z. B. durch Reſtitution, gewährt werden, und nur um dieſe entbehrlich zu machen, wenden die alten Juriſten jene ſubtile Behandlung des Edicts an. Dieſe Art von Nothwehr wird gebraucht gegen die Confuſion (o); ferner bey dem Sc. Vel-

(o) *L.* 30 § 1 *de exc. rei jud.* (44. 2) „... In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. *Actio tamen pigneraticia competit: verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse* ...". Der Grund der aequitas liegt hier darin, daß es ganz unnatürlich ſeyn würde, wenn der Pfandgläubiger, durch Erwerb eines neuen Rechts (des Eigenthums), den nachſtehenden Pfandgläubigern gegenüber, deterioris conditionis werden ſollte, indem er die bisherigen Vortheile ſeiner Priorität verlöre.

lejanum (p); endlich auch wenn ein Pfandgläubiger von seinem Schuldner zum Erben eingesetzt wird, aber die ganze Erbschaft als Fideicommiß restituirt. Eigentlich ist hier sowohl die Schuld, als das Pfand, durch Confusion erloschen, aber offenbar gegen die aequitas, weil nach der Absicht der Fideicommißgesetze in einem solchen Fall alle Folgen des Erbschaftserwerbs für den Erben vertilgt werden sollten; daher wird unter andern die Hypothekarklage, mit Hülfe des Buchstabens jenes Edicts, aufrecht erhalten, aber auch ausdrücklich bemerkt, daß hieraus die Fortdauer einer naturalis obligatio zu erkennen sey, indem ja ohne Obligation kein Pfand bestehen kann (q). Vergleichen

(p) *L.* 13 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.) „De pignoribus prioris creditoris non est creditori nova actione opus: cum quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia *verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.*" Wenn eine Frau expromittirt, so ist sie selbst durch die exc. Sc. Vellejani geschützt, dagegen bekommt der Glaubiger gegen den alten Schuldner eine actio restitutoria (*L.* 1 § 2 *L.* 8 § 11. 12. 13 *eod.*). Diese künstliche Herstellung, sagt die abgedruckte Stelle, soll für die Hypothekarklage nicht nöthig seyn, weil hier schon die buchstäbliche Anwendung des Edicts aushelfe; außerdem würde auch hier die Restitution nicht versagt worden seyn.

(q) *L.* 59 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1.) „.. et hic Serviana actio tenebit: *verum est enim, non esse solutam pecuniam* ... Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, *et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*" Das: *propter* pignus darf nicht so verstanden werden, als ob bey einer Schuld ohne Pfand keine naturalis obligatio übrig bleiben würde, und als ob diese Obligation in dem vorliegenden Fall keine andere Wirkung, als die Erhaltung des Pfandes hätte. Der Untergang der Obligation durch Confusion gründet sich blos auf das subtile Civilrecht, und bleibt daher ohne Einfluß auf den naturalen Bestandtheil der Obligation. — Diese Stelle besonders hat Büchel (Note n) für seine Ansicht zu be-

wir damit den Fall der eingetretenen Klagverjährung, ſo hat dieſer eine ganz verſchiedene, ja entgegengeſetzte Natur. Unſere Gegner behaupten ja gerade, daß durch die Verjährung auch die naturalis obligatio aufgehoben werde, welches nichts Anderes ſagen will, als daß die Aufhebung nicht nur zum allgemeinen Beſten, ſondern ſelbſt im Einverſtändniß mit dem jus gentium, der aequitas, geſchehe. Wenn aber Dieſes, ſo iſt gar kein Grund vorhanden, den Buchſtaben des Edicts gegen die vollſtändige Ausführung dieſer aequitas in's Feld zu führen, ein Verfahren, welches ohnehin höchſtens als Abwehr des ſubtilſten Civilrechts erträglich gefunden werden kann. Hier wäre es vielmehr natürlich geweſen, der aequitas ihren freyen Lauf laſſen, und die gänzliche Aufhebung der Schuld und des Pfandrechts auf keine Weiſe zu ſtören.— Muß nun auch dieſer Verſuch für mislungen erkannt werden, ſo bleibt es bey unſrer urſprünglichen Behauptung, daß die Fortdauer der Hypothekarklage nach verjährter Schuldklage ein unwiderleglicher Beweis für die fortdauernde naturalis obligatio iſt.

Ich füge nun noch die einzelnen, hier in Betracht kom-

nutzen geſucht. Befriedigend handelt von derſelben, den richtigen Standpunkt feſthaltend, Francke S. 86—107. Er macht unter andern S. 103 die gute Bemerkung, daß jene Worte des Edicts (nisi solutum) ohne Zweifel in die Faſſung der Intentio bey der Hypothekarklage aufgenommen zu werden pflegten. Dadurch bekommt dieſe buchſtäbliche Anwendung eine recht praktiſche Beziehung auf das Verfahren des Arbiter, welcher nach dem Inhalt dieſer Intentio zu urtheilen angewieſen war.

menden, Stellen hinzu, von welchen ich vorläufig bemerke, daß keine derſelben eine ſo überzeugende und entſcheidende Kraft hat, wie das eben durchgeführte allgemeinere Verhältniß.

Ein Reſcript des K. Gordian lautet alſo (r):

Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota.

Ich zweifle nicht, daß hier beſonders an den Fall der Klagverjährung gedacht iſt (s), aber ſie kann doch eben ſo gut auch auf die Prozeßverjährung oder die Klageconſumtion bezogen werden, und iſt ſchon deshalb kein ſicherer Beweis für unſre Behauptung. Dazu kommt aber der wichtigere Grund, daß der Satz nicht in buchſtäblicher Allgemeinheit wahr iſt. Actio submota heißt Wegräumung des bloßen Klagrechts, Aufhebung durch Exception. Wird nun etwa eine Stipulation durch bloßes Pactum aufgehoben, ſo iſt auch actio submota, aber: vincula pignoris non durant (Note f). Alſo will das Reſcript, nach einer oft vorkommenden Ausdrucksweiſe, nur ſagen: es kann zuweilen das Pfandrecht fortdauern ungeachtet der actio submota (t), oder: actio submota iſt nicht allgemein und nothwendig Grund der Zerſtörung eines Pfandrechts (u).

(r) *L.* 2 *C. de luitione* (8. 31.).

(s) In der That wird dafür submovere actionem gebraucht. *L.* 21 *C. de evict.* (8. 45.). Vgl. Averanius II. 12 § 20.

(t) So daß alſo durare ſteht für: durare *posse*.

(u) Ich glaube daher, daß auf dieſe Stelle von beiden Parteyen mehr Gewicht gelegt wird, als ihr zukommt. Donellus (Note k) glaubt, die von ihm vertheidigte Meynung gegen dieſe Stelle nicht anders retten zu können, als in-

Paulus ſagt, wenn ein verpfändeter Sklave von einem Dritten getödtet werde, ſo könne außer dem Eigenthümer auch der Pfandglaubiger die Aquiliſche Klage anſtellen, inſofern er ein Intereſſe bey dem Tod des Sklaven habe; dieſes Intereſſe aber könne er haben, erſtlich wenn der Schuldner inſolvent ſey, zweytens „quod litem tempore amisit" (v). Hier iſt nun unzweifelhaft anerkannt, daß der Verluſt der Schuldklage durch Zeitablauf das Pfandrecht nicht zerſtört, die Stelle iſt aber deswegen nicht ganz entſcheidend, weil es ungewiß bleibt, ob Paulus dabey an die Klagverjährung oder an die alte Prozeßverjährung gedacht hat; ich glaube jedoch, daß ſeine Entſcheidung für beide Fälle gleich richtig und anwendbar iſt (§. 249. d).

Pomponius erzählt folgenden Fall. Zehen Tage vor Ablauf der Verjährung einer Schuldklage expromittirt ein Minderjähriger, und wird nachher gegen dieſe Handlung reſtituirt. Hier ſoll auch der Glaubiger ganz in ſeine frühere Lage zurück verſetzt werden. Daraus folgt erſtlich, daß ihm die noch übrigen Zehen Tage zur Anſtellung der Klage verſtattet werden; zweytens, daß das vom erſten Schuldner beſtellte Pfand wiederum gültig wird und nun für immer gültig bleibt (x).

dem er höchſt gewaltſam, anſtatt durare, ließt: *non* durare. Unrichtig iſt es, die Stelle durch Verbindung mit *L.* 1 *eod.* erklären zu wollen. Vgl. Cujacius observ. V. 32, und über die Stelle im Allgemeinen, Franke S. 78—80.

(v) *L.* 30 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(x) *L.* 50 *de minor.* (4. 4.) „.. ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum." Eigentlich nämlich war durch die Expromiſſion des

§. 251.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortsetzung.)

II. Bürgschaft.

Hierbey kommen dieselben zwey Fragen vor, wie bey dem Pandrecht (§ 250); Gültigkeit der für eine schon verjährte Schuldklage geleisteten Bürgschaft; Fortdauer der Bürgschaft, die vor Ablauf der Verjährung, etwa gleichzeitig mit der Entstehung der Hauptschuld geleistet wurde. Auch hier wird wieder die zweyte Frage größere Wichtigkeit haben. Beide Fragen werden, nach der von mir vertheidigten Meynung, für die Gültigkeit der Bürgschaft beantwortet werden müssen; von den Gegnern in entgegengesetzter Weise.

In diesem Fall vorzüglich tritt die oben (§ 250) bemerkte Vieldeutigkeit der von der Befreyung durch Zeit redenden Stellen hindernd in den Weg; nicht eine einzige der hier einschlagenden Stellen giebt für unsre Frage ein sicheres Resultat.

Folgender Ausspruch des Paulus ist der wichtigste; er be-

Minderjährigen, so wie durch jede Novation, das Pfandrecht ganz zerstört (*L.* 18 *de nov.* 45. 2.), und es wird nur in Folge der Restitution wieder hergestellt. Indem aber hier diese Herstellung für das Pfand ohne alle Einschränkung anerkannt wird, folgt daraus, daß der nahe Ablauf der Zehen Tage nur auf die Schuld, nicht auf das Pfand, Einfluß haben soll. — Diese Stelle übrigens handelt unzweydeutiger, als die übrigen, von der Klagverjährung: „.. qui *temporali actione* tenebatur tunc, cum adhuc supererant decem dies ..". So konnte man von der Prozeßverjährung unmöglich sprechen.

zieht ſich auf den oben angegebenen erſten Fall, da nach Ablauf der Zeit die Bürgſchaft geleiſtet wird (a):

> Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.

Die Stelle läßt ſich am einfachſten von der Klagverjährung, und zwar von dem Standpunct unſrer Meynung aus, erklären. Der durch Verjährung bereits befreyte Schuldner giebt einen Bürgen; dieſer iſt an ſich (ipso jure) wohl verpflichtet, da er aber die Exceptionen des Hauptſchuldners mit genießt (b), ſo macht er ſich durch die temporis praescriptio deſſelben frey (non tenetur, nämlich cum effectu). Dabey wird jedoch vorausgeſetzt, daß er die abgelaufene Verjährung nicht kannte; denn wenn er ſie kannte, ſo hat er ohne Zweifel gerade mit Rückſicht auf ſie die Bürgſchaft geleiſtet, und dann muß ſeine temporis praescriptio durch die doli replicatio ausgeſchloſſen werden. — Wären nicht die letzten Worte, ſo könnte die Stelle eben ſo ungezwungen aus der Meynung der Gegner erklärt werden; nun würde nämlich das non tenetur ſo zu verſtehen ſeyn: ipso jure non tenetur, wegen der zerſtörten naturalis obligatio. Dieſer Erklärung aber ſtehen die letzten Worte entgegen, da unter dieſer Vorausſetzung der Irrthum durchaus ohne Einfluß ſeyn würde (c).

(a) *L.* 37 *de fidej.* (46. 1.).

(b) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.), vgl. oben § 227.

(c) Aus demſelben Grund kann ich auch nicht die Erklärung einräumen, nach welcher die Stelle von einem auf eine gewiſſe Zeit beſchränkten Vertrag ſprechen ſoll. (Unter-

— Die Stelle läßt ſich aber eben ſowohl von der Prozeßverjährung, als von der Klagverjährung erklären, und iſt deswegen für unſre Meynung nicht ganz entſcheidend. — Dagegen kann ſie nicht bezogen werden auf die L. Furia (d), weil im Fall derſelben wieder der Irrthum ganz gleichgültig ſeyn müßte.

Nicht im Widerſpruch mit der hier gegebenen Erklärung ſteht folgende Stelle des Scävola, die übrigens die Verjährung nicht beſonders erwähnt (e):

> Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, *teneri fidejussorem respondit:* cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

Wenn eine naturalis obligatio zurück bleibt, ſo iſt ſtets der Bürge ipso jure fortwährend verpflichtet (teneri respondit). Damit iſt aber wohl vereinbar, daß er bald doch per exceptionem befreyt werde, ſo wie ich es für den Fall der Klagverjährung annehme (f), bald auch nicht, wenn nämlich die Exception eine ganz individuelle Natur

holzner II. S. 113.) Denn nach Ablauf dieſer Zeit iſt es inanis obligatio geworden, und die nachher übernommene Bürgſchaft iſt unwirkſam ohne Rückſicht auf Irrthum.

(d) Dieſes wäre ſo zu denken, daß ein Sponsor oder Fidepromissor, nach Ablauf der ihm durch die L. Furia beſtimmten zwey Jahre, einen fidejussor geſtellt hätte.

(e) *L.* 60 *de fidej.* (46. 1.). Dieſe Stelle iſt ſchon oben, § 249. a, zu einem andern Zweck benutzt worden.

(f) Das teneri wird alſo hier in einem anderen Sinn genommen, als in der vorhergehenden Stelle; aber beide Bedeutungen kommen überhaupt vor, ſo daß jede derſelben vorausgeſetzt werden darf, wie es gerade das Bedürfniß der Erklärung einer Stelle mit ſich bringt.

hat, wie z. B. bey dem ſogenannten beneficium competentiae (g). — Die Stelle wird dadurch undeutlich, daß ſie aus dem Zuſammenhang geriſſen iſt. So z. B. fehlt zwiſchen beiden hier genannten Fällen ein dritter, in der Mitte liegender, wenn die Befreyung zwar nur per exceptionem, aber mit Zerſtörung der naturalis obligatio, eingetreten iſt; in dieſem Fall iſt der Bürge gewiß nicht mehr verpflichtet, ſo z. B. wenn die durch Stipulation entſtandene Hauptſchuld durch Pactum aufgehoben wird.

Bey einigen anderen Stellen, die hier angeführt zu werden pflegen, muß an dieſer Stelle der Beweis genügen, daß ſie gewiß nicht von der Klagverjährung zu verſtehen ſind (h).

III. Conſtitutum.

Auch für die Wirkſamkeit des Conſtitutum kommen die-

(g) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.)

(h) *L.* 38 § 4 *de solut.* (46. 3.). Sie geht nicht auf Klagverjährung, ſondern entweder auf Prozeßverjährung, oder auf die L. Furia. Denn Africanus könnte doch unmöglich an eine andere Klagverjährung denken, als an die der prätoriſchen Annalklagen; dieſe aber hatten utile tempus, wobey die Zeit der Abweſenheit ipso jure abgerechnet wurde, alſo nicht zu einer Reſtitution Veranlaſſung gab. Bey jenen beiden Inſtituten dagegen wurde nach tempus continuum gerechnet. Vgl. oben B. 4. § 190. S. 441. 442. — *L.* 29 § 6 *mand.* (17. 1.), *L.* 69 *de fidej.* (46. 1.), *L.* 71 § 1 *de sol.* (46. 3.). Dieſe drey Stellen ſprechen von einem fidejussor tempore liberatus, und ſie könnten nur dadurch hierher gezogen werden, daß man dieſe Befreyung auf die für den Hauptſchuldner eingetretene Klagverjährung bezöge, womit aber ſchon die Ausdrücke theilweiſe nicht zu vereinigen ſeyn würden. Von einer Verjährung der Bürgſchaftklage können ſie nicht verſtanden werden, weil dieſe zur Zeit der alten Juriſten gar keine Verjährung hatte. Sie gehen ganz ohne Zweifel urſprünglich auf die L. Furia, und ſind nur durch Interpolation etwas unverſtändlich gemacht worden.

selben zwey Fragen vor wie bey dem Pfandrecht, je nachdem dasselbe nach oder vor Ablauf der Verjährung geschlossen worden ist. Nach meiner Meynung ist in beiden Fällen das Constitutum gültig, weil dieses überhaupt nur eine naturalis obligatio als Grundlage erfordert (i). Nach der entgegengesetzten Meynung, wenn sie consequent durchgeführt werden soll, müßte es in beiden Fällen ungültig seyn.

Ulpian scheint diese Fragen zu behandeln in folgender Stelle, worin sogar einmal ausdrücklich der Ausdruck temporalis actio vorkommt, und die ich deshalb zuerst von der Verjährung zu erklären versuchen will (k). Damit das Constitutum gültig sey, sagt er, muß die zum Grund liegende Obligation gültig seyn, aber es ist hinreichend daß sie es sey zu der Zeit, worin das Constitutum geschlossen wird. Ist also die Gültigkeit der Obligation auf Zeit beschränkt, und wird constituirt vor Eintritt des Zeitpunkts, so bleibt das Constitutum auch nachher gültig. Ja selbst wenn in dem Constitutum die Zahlung ausdrücklich

(i) *L.* 1 § 7. *de pec. const.* (13. 5.) „Debitum autem vel natura sufficit."

(k) *L.* 18 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). Zunächst möchte man an eine Vergleichung dieser Stelle mit der von der Bürgschaft handelnden (Note a) denken. Hier ist aber der Hauptunterschied der, daß bey der Bürgschaft immer zwey Schuldner vorkommen, anstatt daß in unsrer Stelle von dem s. g. constitutum debiti proprii die Rede ist, also von einem Schuldner, der nicht eine fremde Schuld übernimmt, sondern seine eigene bestärkt oder modificirt. Proinde temporali actione *obligatum constituendo* . . teneri debere;" also der obligatus ist zugleich der, welcher constituirt.

verſprochen wird auf einen nach dem Untergang der erſten Obligation fallenden Zeitpunkt, ſo iſt und bleibt es dennoch gültig. Damit ſchließt Ulpians Ausſpruch; es liegt aber unwiderſprechlich im Hintergrund der nicht ausgedrückte Satz, daß das Conſtitutum ungültig ſey, wenn es geſchloſſen werde erſt nach dem Zeitpunkt, mit welchem die erſte Obligation aufgehört hat. Verſteht man alſo die Stelle überhaupt von der Verjährung, ſo würde ſich Ulpian in dieſer beſondern Anwendung halb für die eine, halb für die andere der ſtreitenden Parteyen erklären (l).

Schon dieſes iſt ein Grund, weshalb ich die Stelle gar nicht von der Klagverjährung verſtehe. Es kommt aber der andere Grund hinzu, daß in der zweyten Hälfte der Stelle Ausdrücke gefunden werden, die niemals ein alter Juriſt von der bloßen Verjährung der Klagen gebraucht hat (m). Ich glaube daher, daß die Stelle gar nicht hierher gehört, und daß darin Ulpian geradezu von einem Fall der L. Furia geſprochen hat. Die Dunkelheit der Stelle iſt dann dadurch entſtanden, daß die Compilatoren die von einem verſchwundenen Rechtsinſtitut redende Stelle aufgenommen, und daß ſie Dieſes durch Interpolationen zu verſtecken geſucht haben, ſo daß namentlich die Worte temporali actione und temporalis actionis an die

(l) Daher nimmt denn einer der eifrigſten Vertheidiger der ſtärkeren Wirkung der Klagverjährung hier eine Ausnahme an, indem er einräumt, daß das vor Ablauf der Verjährung geſchloſſene Conſtitutum auch nachher wirkſam fortdauere. Büchel S. 72. 73.

(m) *L.* 18 *cit.* „post tempus obligationis" und: „eo tempore constituit, quo erat obligatio."

Stelle derjenigen Ausdrücke eingeschoben worden sind, wodurch ursprünglich Ulpian seinen ganz anderen Gedanken bezeichnet hatte.

IV. Compensation.

Darüber haben wir keine Äußerungen der alten Juristen; es sind aber folgende Fälle zu unterscheiden.

Wenn ich Etwas schuldig werde Demjenigen, gegen welchen ich eine noch unverjährte Klage auf dieselbe Summe habe und dann die Verjährung abläuft, so werden jetzt Alle annehmen, daß sich die beiden Forderungen sogleich ipso jure zerstört haben, so daß von einer Verjährung nicht weiter die Rede seyn kann. Für die Zeit vor Justinian aber, als die Compensation nur per exceptionem wirkte, müssen sich auch in dieser Anwendung die beiden Meynungen über die stärkere oder schwächere Wirkung der Klagverjährung streitend gegenüber stehen. Ob jedoch dieser Zustand nicht noch im heutigen Recht fortdauert, und ob Justinians Ausspruch von der ipso jure eintretenden Wirkung der Compensation so buchstäblich zu nehmen ist, oder nicht — das ist eine Frage, die an diesem Ort auf sich beruhen muß.

Es bleibt noch der andere Fall übrig, wenn ich meine Schuldklage habe verjähren lassen, und nun aus einem andern Grunde meinem bisherigen Schuldner dieselbe Summe schuldig werde; auch hier begegnen sich wieder die streitenden Meynungen. Nach der von mir vertheidigten muß ich gegen die Schuldklage des Andern meine Ge-

genforderung im Wege der Compenſation geltend machen können, weil ſie als naturalis obligatio fortdauert, und Dieſes für die Compenſation hinreicht (n); es ſind jedoch einige Anhänger dieſer Meynung ihr in dieſer beſondern Anwendung nicht treu geblieben, haben alſo hier eine Ausnahme der von ihnen außerdem anerkannten Regel angenommen (o). Nach der entgegengeſetzten Meynung wird hier ganz conſequenter Weiſe die Möglichkeit der Compenſation verneint.

V. Novation.

Hier ſtellt ſich die Frage einfacher, als in den bisher abgehandelten Fällen. Wird nämlich vor Ablauf der Verjährung die Novation vorgenommen, ſo iſt die alte Obligation ganz vernichtet, und von Verjährung kann nicht weiter die Rede ſeyn.

Es bleibt alſo nur die Frage übrig, ob eine nach Ablauf der Klagverjährung vorgenommene Novation wirkſam iſt. Hierüber haben wir keine Ausſprüche unſrer Rechtsquellen, es muß alſo der allgemeine Widerſtreit nur auf dieſen beſonderen Fall conſequent angewendet werden; dieſes

(n) *L.* 6 *de compens.* (16. 2.) Etiam quod natura debetur, venit in compensationem."

(o) Unterholzner II. S. 314. 315. Seine Gründe ſind: erſtlich die Zweckmäßigkeit (die aber, wenn ſie da wäre, auch in anderen Anwendungen gelten möchte), zweytens *L.* 14 *de compens.* (16. 2.) „Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt." Ich glaube, daß dieſe Stelle durch *L.* 6 *eod.* (Note n) beſchränkt werden müſſe, Unterholzner nimmt das entgegengeſetzte Verhältniß an. — Vgl. dagegen Puchta Lehrbuch § 77, und Glück B. 15 S. 64. 65, wo viele Schriftſteller für beide Meynungen angeführt ſind.

jedoch mit folgender Modification. Wenn die Novation von dem alten Schuldner selbst nach Ablauf der Verjährung vorgenommen wird, und dieser es weiß, daß die Verjährung vollendet ist, dann können selbst die Gegner die Gültigkeit der Novation, unbeschadet der Consequenz, einräumen. Denn nun liegt in derselben augenscheinlich ein Verzicht auf den Vortheil der Verjährung; von dessen selbstständiger Natur aber wird noch in der Folge gesprochen werden. Dasselbe muß bey der von einem Dritten vorgenommenen Expromission gelten, wenn dabey der Schuldner mitgewirkt hat, wie es meistens geschehen wird.

VI. Solutum non repetere.

Hier ist die Frage eben so einfach, wie bey der Novation. Die vor Ablauf der Verjährung geleistete Zahlung zerstört die Schuld gänzlich, und macht jeden Fortgang einer Verjährung unmöglich. Es bleibt also nur die Frage übrig, ob die nach abgelaufener Verjährung aus Irrthum geleistete Zahlung Grund einer condictio indebiti ist oder nicht. Diese Frage muß nach dem allgemeinen Grundsatz von beiden streitenden Parteyen auf entgegengesetzte Weise beantwortet werden; einen sicheren Ausspruch unsrer Rechtsquellen besitzen wir über diese Frage nicht (p).

(p) *L.* 25 § 1 *ratam rem* (46. 8.), beurtheilt folgenden Fall. Ein debitor tempore liberatus hatte vor eingetretenem Zeitpunkt an einen unbevollmächtigten Procurator Zahlung gegen Caution geleistet, der Gläubiger genehmigt nach jenem Zeitpunkt; diese Genehmigung soll unwirksam seyn, offenbar weil zur Zeit ihrer Er-

Zum Schluß ſind noch die Vorſchriften neuerer Geſetzgebungen über die Wirkung der Verjährung darzuſtellen.

Das Preußiſche Landrecht nimmt nach vielen Stellen den Untergang des Rechts ſelbſt, alſo eine Zerſtörung der Obligationen ipso jure, als Folge der vollendeten Verjährung an (q). Ja es kann eigentlich keine andere Anſicht geltend machen, da es die Klagverjährung nicht, wie das Römiſche Recht, als ein eigenthümliches Rechtsinſtitut behandelt, ſondern blos als einen einzelnen Fall der allgemeinen Verjährung durch Nichtgebrauch (§ 246). Eine Beſtätigung findet ſich in einer der oben unterſuchten praktiſchen Anwendungen, indem beſtimmt iſt, daß eine verjährte Forderung nicht zur Compenſation taugen ſoll (r). Bey dem Pfandrecht kommt, für die wichtigſte Geſtalt deſſelben, die Regel in Betracht, daß gegen alle in ein Hypothekenbuch eingetragene Rechte gar keine Verjährung zugelaſſen wird, weder durch Beſitz noch durch Nichtgebrauch (s). Ganz fremdartig, und ohne eigentlichen Einfluß, ſtehen

theilung die Schuld untergegangen war. Wäre eine naturalis obligatio übrig geweſen, ſo hätte in Beziehung auf dieſe die Genehmigung Kraft haben müſſen. — Allein wir haben durchaus keinen Grund, die Stelle auf die Verjährung zu beziehen; ſie iſt ganz befriedigend von einem auf beſchränkte Zeit geſchloſſenen Vertrag zu erklären, oder auch von der L. Furia, deren nähere Bezeichnung durch Interpolation verwiſcht ſeyn mag. Das erkennen ſelbſt die Gegner an. Heimbach S. 449.

(q) A. L. R. I. 9 § 501. 502 (das Recht verloren), § 564 (verloſchenes Recht), I. 16 § 7 (Rechte erlöſchen durch Verjährung).

(r) A. L. R. I. 16 § 377.

(s) A. L. R. I. 9 § 511.

daneben die zwey Paragraphen, die, in Übereinstimmung mit Rave, der Verjährung eine bloße Praesumtion der Tilgung zuschreiben (§ 246).

Dieselbe Behandlung der Sache findet sich auch im Österreichischen Gesetzbuch (t) und eben so im Französischen (u); überall wird gänzlicher Untergang des verjährten Rechts selbst angenommen. In Sachsen ist Dieses durch ein besonderes Landesgesetz anerkannt (v).

Man könnte noch fragen, welche Bestimmung in dieser Hinsicht für die Zukunft räthlich sey; hierauf aber ist an diesem Ort eine befriedigende Antwort unmöglich. Wird überhaupt die Römische Ansicht von einer naturalis obligatio, als einem abgesonderten Rechtsinstitut, anerkannt, so scheint mir auch für die Wirkung der Klagverjährung die hier dargestellte Regel des Römischen Rechts die allein consequente. Wird jene Ansicht überhaupt aufgegeben, so hat es kein Bedenken, die Sache so einfach und durchgreifend zu behandeln, wie es in den neueren Gesetzgebungen geschehen ist. Praktisch erheblich ist eigentlich nur die Anwendung auf die Compensation und auf das Pfandrecht; und auch diese letzte nur, insofern für die Hypothekarklage gegen den Schuldner eine ganz eigenthümliche Klagverjährung, abweichend von allen übrigen, beybehalten wird.

(t) Oesterreich. Gesetzbuch § 1479. 1499 (Erlöschung der Rechte).

(u) Code civil art. 1234 „Les obligations *s'éteignent* .. par la prescription." Art. 2219 „La prescription est un moyen d'acquérir ou de se *libérer*.."

(v) Haubold Sächsisches Privatrecht § 276.

§. 252.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Ausnahmen.

Es giebt ausgenommene Fälle, worin die Klagverjährung entweder ganz wegfällt, oder nach anderen, als den hier vorgetragenen, Regeln beurtheilt wird.

I. Stillſtand der Verjährung. Dieſer kann begründet werden gleich Anfangs, oder auch während der laufenden Verjährung; im erſten Fall fängt ſie erſt ſpäter an, im zweyten wird ihr Lauf gehemmt, ſo lange als der thatſächliche Grund des Stillſtands dauert, dann wird ſie fortgeſetzt, gleich als ob dieſer Zwiſchenzuſtand nicht eingetreten wäre.

Eine ſolche Suspenſion iſt daher wohl zu unterſcheiden von der Unterbrechung, wodurch die früher angefangene Verjährung für immer vernichtet wird, und nie wieder fortgeſetzt werden kann (§ 242. 243.). Die Fälle der Suspenſion ſind folgende:

A. Wenn der Klagberechtigte der Inhaber eines ſ. g. peculii adventitii iſt, oder ein Unmündiger, oder ein Minderjähriger; bey dieſem letzten mit Ausnahme der dreyßigjährigen Verjährung (a).

B. Wenn bey einjährigen oder noch kürzeren Verjährungen die Klage durch ein zufälliges Hinderniß nicht angeſtellt werden kann (b).

C. In einigen beſonderen Fällen, worin eine Rechts-

(a) Vgl. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXVII. XXVIII.

(b) Wegen des utile tempus. Vgl. oben B. 4 § 189. 190.

regel die Klage hemmt, ohne das Recht zu zerstören, welches unsre Juristen durch die Regel ausdrücken: Agere non valenti non currit praescriptio (c). Dahin gehören diese Fälle: die Vindication von Baumaterialien, so lange dieselben Bestandtheile eines stehenden Gebäudes sind (d); die Schuld, welche durch ein Moratorium der Klage entzogen ist (e); die Erbschaftsklagen während der Verfertigung eines Inventarii, oder während einer laufenden Deliberationsfrist (f).

II. An sich unverjährbare Rechtsverhältnisse. Alle Verjährung soll blos dahin führen, einen gegenwärtigen factischen Zustand so zu fixiren, als ob er ein rechtlicher wäre, so z. B. einen Besitz, die Unterlassung einer geforderten Zahlung u. s. w. (g). Dabei wird die rechtliche Möglichkeit eines solchen unabänderlichen Zustandes vorausgesetzt, welche auch in den allermeisten Fällen gar nicht zu bezweifeln ist. Es giebt jedoch einige Fälle, worin wegen dieser fehlenden Möglichkeit auch die Klagverjährung für unzulässig erklärt werden muß. Dahin gehören in gewisser Beziehung die Theilungsklagen. Gegen die a. communi dividundo oder familiae erciscundae gilt keine Verjährung zu dem Zweck, daß das gemeinschaftliche Gut nun für immer ungetheilt bleiben müßte;

(c) Diese Regel ist nur eine consequente Fortbildung der für den Anfang der Verjährung aufgestellten Grundbedingung: actio nata. Vgl. Göschen S. 439.

(d) § 29 *J. de rer. div.* (2. 1.), *L.* 7 § 10 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(e) *L.* 8 *in f. C. qui bonis* (7. 71.)

(f) *L.* 22 § 11 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(g) *L.* 4 *C. de praescr.* XXX (7. 39.) „sed quicunque super quolibet *jure* .. sit securus .."

gegen die a. finium regundorum ſo, daß die verwirrten, unſicheren Gränzen nie feſt beſtimmt werden dürften. Wohl aber gilt die Verjährung, wenn mit dieſen Klagen entweder eine Zahlung als Ausgleichung und Entſchädigung gefordert wird, oder auch ein feſter Beſitz, welchen der Beklagte, über die richtigen Gränzen hinaus, 30 Jahre lang gehabt hat (h).

Etwas Ähnliches läßt ſich behaupten, wenn der Beklagte gegen das Interdict uti possidetis nicht etwa eine Servitut, ſondern die dreyßigjährige Gewohnheit einer bloßen Störung und Beunruhigung des Eigenthums behaupten wollte, die als ein rechtloſer Zuſtand durch keine Verjährung geſchützt werden kann (i).

III. Bey vielen einzelnen Klagen gelten abweichende Verjährungsfriſten, welche jedoch zweckmäßiger im beſonderen Theil des Syſtems vorgetragen werden.

Hier will ich nur diejenigen Klagen zuſammenſtellen, die von aller Verjährung gänzlich ausgenommen ſind, wobey jedoch ſogleich bemerkt werden muß, daß dieſelben für das heutige Recht theils gar nicht mehr vorkommen können, theils (bey den Steuern) als ganz unverjährbar nicht mehr anerkannt ſind:

(h) Auf ſolche Fälle ſind zu beziehen *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.), *L.* 6 *C. fin. reg.* (3. 39.) Vgl. überhaupt Ravn § 147—150. Thibaut Verjährung S. 123. 126. Göſchen I. S. 426. 429.

(i) Man kann dieſen Fall, mit demſelben Erfolg, noch von einer andern Seite auffaſſen. Jede einzelne Beſitzſtörung iſt eine ſelbſtſtändige Thatſache, unabhängig von früheren Handlungen, woraus alſo auch wieder eine ganz neue Beſitzklage entſteht.

1) Die Klage auf Steuerreste (k).

2) Die Klage einer Stadt gegen Curialen, die sich ihren Standespflichten entziehen (l).

3) Die vindicatio in libertatem, wenn ein angeblich Freyer bisher im Sklavenstand gelebt hat (m).

4) Die Vindication eines Colonen von Seiten des Grundherrn (n).

IV. Vertrag.

Ein Vertrag, wodurch die Verjährung ganz ausgeschlossen, oder in ihren Bedingungen oder Wirkungen modificirt werden soll, kann auf zweyerley Weise gedacht werden: vor oder nach Ablauf der Verjährung.

Vor Ablauf der Verjährung, unter andern gleich bey Abschluß des Rechtsgeschäfts, worauf sich künftig eine Klagverjährung beziehen könnte, halte ich einen solchen Vertrag für ganz unwirksam. Die Verjährung ist in dem Sinn juris publici, daß sie der Privatwillkühr entzogen ist (o), auf dieselbe Weise wie die ihr nicht unähnlichen Regeln und Formen des Prozesses, und wie die Natur des Eigenthums, welches auch nicht durch Vertrag zu einem unveräußerlichen Recht gemacht werden kann (p). Jedoch wird diese Meynung von mehreren Schriftstellern bestritten (q);

(k) *L.* 6 *C. de praescript.* XXX. (7. 39.), vgl. oben § 238.

(l) *L.* 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.), vgl. oben § 238.

(m) *L.* 3 *C. de longi temp. pr. quae pro lib.* (7. 22.). Selbst 60 Jahre sollen nicht im Wege stehen.

(n) *L.* 23 *pr. C. de agric.* (11. 47.).

(o) *L.* 38 *de pactis* (2. 14.), *L.* 45 § 1 *de R. J.* (50. 17.).

(p) *L.* 61 *de pactis* (2. 14.).

(q) Bayr § 167 ist meiner

der Grund, der dagegen hauptſächlich geltend gemacht wird, beruht auf folgender Beſtimmung des Römiſchen Rechts. Wenn ein Käufer das Recht willkührlicher Auflöſung des Kaufcontracts ausbedingt, ſo kann er dieſes ausdrücklich auf unbeſchränkte Zeit vorbehalten. Wird aber über die Zeit gar Nichts geſagt, ſo ſoll es ſo angeſehen werden, als wäre dieſer Vorbehalt auf 60 Tage geſchehen (r). Dieſe Stelle beweißt deswegen nicht den von den Gegnern behaupteten Satz, weil ſie überhaupt nicht von der Klagverjährung ſpricht, ſondern von der bloßen Interpretation eines unbeſtimmten Vertrags, die dann natürlich einer ausdrücklichen Erklärung weichen muß (s).

Dagegen iſt es nach Ablauf der Verjährung durchaus geſtattet, dieſelbe durch Vertrag aufzuheben, das heißt auf die durch dieſelbe erlangten Vortheile ganz oder theilweiſe zu verzichten. Dieſes müſſen auch Diejenigen einräumen, welche nach abgelaufener Verjährung die Fortdauer einer naturalis obligatio verneinen. Denn auch Dieſe geben zu, daß die Verjährung nur per exceptionem wirke, das Recht einer Exception aber iſt jeder neuen Modification durch Rechtsgeſchäfte empfänglich (§ 225).

Mit der hier für das Römiſche Recht vorgetragenen

Meynung; Eichmann in einer Note zu dieſer Stelle hat die entgegengeſetzte Meynung; eben ſo auch Unterholzner I. § 28.

(r) *L.* 31 § 22 *de aedil ed.* (21. 1.).

(s) Als Verjährung kann es ſchon deswegen nicht betrachtet werden, weil hier aus dem Vertrag noch nicht eine actio nata abgeleitet werden kann, eben ſo wie bey dem Nebenvertrag über Rückverkauf (§ 241).

Ansicht stimmt völlig überein das Französische Gesetzbuch, welches auch nur den Verzicht auf eine schon erworbene Verjährung anerkennt (t). Eben so auch das Oesterreichische (u). Anders das Preußische, welches außer dem Verzicht auf die erworbene Verjährung (§. 245. h) auch die Ausschließung einer künftigen durch Vertrag gestattet, jedoch nur unter ganz besonderen Beschränkungen (v).

§. 253.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen.

Die Verjährung der Klagen ist nunmehr vollständig dargestellt, und es bleibt zum Schluß dieser Lehre nur noch die Frage zu beantworten übrig, ob von dieser Art der Aufhebung auch irgend eine Anwendung auf Exceptionen, also zum Vortheil des Klägers, zu machen ist. Da die bisher dargestellte Verjährung auf die Klagen vermittelst einer praescriptio oder exceptio angewendet wurde, so läßt sich diese Frage auch so ausdrücken: Ist es zulässig, die Verjährung in Gestalt einer temporis replicatio geltend zu machen?

Bevor diese wichtige und sehr bestrittene Frage selbst untersucht werden kann, ist es nöthig, aus dem Gebiet

(t) Code civil art. 2220—2222.

(u) Oesterreich. Gesetzbuch § 1502.

(v) A. L. R. I. 9 § 565—567. 669. Der Vertrag darf nur ein bestimmtes Recht oder eine bestimmte Sache betreffen, auch muß er bey Strafe der Nichtigkeit gerichtlich verlautbart, und, wenn er ein Grundstück zum Gegenstand hat, in das Hypothekenbuch eingetragen seyn.

derſelben zwey Fälle zu entfernen, deren Einmiſchung die Löſung der Aufgabe nicht wenig erſchwert hat.

Erſtlich giebt es Fälle, in welchem eine Exception nicht anders erlangt werden kann, als mit Hülfe einer Reſtitution. Da nun jede Reſtitution urſprünglich an die Friſt eines utilis annus gebunden war (jetzt Vier Kalenderjahre), ſo pflegt man wohl zu ſagen, daß in dieſen Fällen die Exception einer kurzen Verjährung unterworfen ſey. Beyſpiele ſind dieſe: Wenn ein Minderjähriger Bürgſchaft leiſtet, ſo bedarf er einer Reſtitution, um ſich gegen die Stipulationsklage durch Exception zu ſchützen (a). Wenn die Sache eines Abweſenden uſucapirt wird, ſo bedarf er in der Regel einer Reſtitution zum Behuf einer rescissoria in rem actio; hat er jedoch durch Zufall den Beſitz wieder erlangt, ſo genügt ihm eine Exception gegen des Andern Vindication, die aber nicht weniger an alle Bedingungen und Formen der Reſtitution geknüpft iſt, alſo auch an die kurze Verjährungsfriſt, indem das Eigenthum durch Uſucapion wahrhaft verloren war (b). — Es iſt jedoch eine ganz falſche Auffaſſung, hier die Verjährung auf die Exception zu beziehen, da ſie vielmehr lediglich zur Reſtitution als ſolcher gehört, bey welcher es dann ganz gleichgültig iſt, ob ſie zur Vermittlung einer Klage, Exception, Replication dienen ſoll, oder irgend eines andern Rechts,

(a) *L.* 7 § 3 *de minor.* (4. 4.).

(b) *L.* 28 § 5 *ex quib. caussis maj.* (4. 6.) „Exemplo rescissoriae *actionis* etiam *exceptio* ei, qui reipublicae causa afuit, competit: forte si res ab eo possessionem naneto vindicentur."

z. B. des Erwerbs einer unvorsichtig ausgeschlagenen Erbschaft, oder der Befreyung von einer unvorsichtig angetretenen, da sie überall dieselbe Natur hat, nämlich die einer durchgreifenden Veränderung des vorhandenen Rechtszustandes aus exceptionellen Gründen (c). Wie wenig selbst in den angeführten Beyspielen die Verjährung mit der durch Restitution vermittelten Exception zusammen hängt, zeigt sich deutlich darin, daß es in ihnen zur Zeit des alten Prozesses ganz zufällig war, ob es zur Ertheilung einer Exception kam. Denn wenn der Prätor die Thatsachen völlig übersah, also nicht erst zu deren Feststellung eines Judex bedurfte, so entschied er die Sache sogleich definitiv, und es kam dann weder eine actio, noch eine exceptio oder replicatio vor; dennoch war auch hier die Frist der Restitution nicht weniger unerläßlich (d).

(c) Hieraus erhellt die völlige Verschiedenheit der Restitution von den Actionen und Exceptionen, welche nur Schutzmittel für ein wirklich vorhandenes Recht sind, jene zum Angriff, diese zur Vertheidigung zu gebrauchen.

(d) Dieses erhellt sehr deutlich aus *L.* 9 § 4 *de jurejur.* (12. 2.). Ein Minderjähriger hatte als Kläger einen Eid deferirt, nun bekommt er gegen die exceptio juris jurandi, durch Restitution, eine Replication. Übersieht jedoch der Prätor die Thatsachen völlig, so giebt er keine Replication, sondern schlägt sogleich selbst die Exception ab, und giebt die Klage als judicium purum. „Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere ... Praeterea *exceptio ista, sive cognitio,* statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi." Was hier zuletzt exceptio genannt wird, ist nichts Anderes, als die früher genannte replicatio (vgl. § 229. a), und Ulpian sagt hier ganz deutlich, die Restitutionsfrist sey gleich unerläßlich, es möge zu einer förmlichen replicatio kommen, oder durch des Prätors cognitio diese

Zweytens wird in unſre Frage ungehörig eingemiſcht die exceptio non numeratae pecuniae. Wenn über ein Darlehen ein Schuldſchein ausgeſtellt iſt, ſo ſoll dieſer zwey Jahre lang (früher Fünf Jahre) nicht als Beweis gebraucht werden können. Das nennt man die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae (e), und glaubt alſo damit wenigſtens für Eine Exception die Verjährung bewieſen zu haben, deren Möglichkeit dann auch wohl auf andere Exceptionen angewendet werden könne. Allein dieſe Friſt, die übrigens in unſren Quellen nirgend mit der Klagverjährung zuſammen geſtellt wird, bezieht ſich in der That gar nicht auf die Exception als ſolche, ſondern lediglich auf dieſe ganz eigenthümliche Regel über den Gebrauch von Beweisurkunden. Dieſe Behauptung läßt ſich von zwey Seiten her rechtfertigen. Geſetzt, es wäre in einem ſolchen Fall kein Schuldſchein ausgeſtellt, und es würde aus der mit dem angeblichen Darlehen verbundenen Stipulation geklagt, ſo wäre von dem Beklagten ganz dieſelbe doli exceptio, wie in jenem Fall, zu gebrauchen, nur könnte keine Rede von einer Friſt ſeyn, weil keine eigenthümliche Beweisregel zur Anwendung käme. Wenn

Incidentfrage gleich unmittelbar erledigt werden.

(e) Daß dieſes Rechtsmittel überhaupt eine Exception genannt wird, erklärt ſich blos aus der Römiſchen Sitte, mit dem Darlehen eine Stipulation zu verbinden. Aus der Stipulation wurde geklagt, deren Daſeyn war nicht abzuleugnen, und ſo bedurfte der Beklagte eine doli exceptio, die in dieſer beſonderen Anwendung non numeratae pecuniae heißt. Gegen die reine Darlehensklage hätte eine abſolute Verneinung genügt, die Beweisregeln aber blieben dieſelben. § 2 *J. de except.* (4. 13.).

dagegen umgekehrt ein Schuldschein ausgestellt ist, so kann jene eigenthümliche Beweisregel nicht blos im Wege einer Exception, sondern auch einer Klage, zur Anwendung gebracht werden, wobey dann dieselbe Frist wie bey der Exception gilt (f). Diese Klage ist keine andere, als die gewöhnliche condictio sine causa oder ob causam datorum, und wollte man dabey jene Frist gleichfalls als Verjährung ansehen, so müßte man diese Condictionen schon sehr frühe als temporales actiones behandeln, da doch ganz gewiß alle Condictionen bis zum J. 424 perpetuae waren (§ 238). Es geht hieraus hervor, daß die erwähnte Frist lediglich in Beziehung steht mit jener ganz besonderen Regel vom Urkundenbeweis, nicht mit der allgemeinen Lehre von der Verjährung der Rechtsmittel, daß sie also mehr Verwandschaft hat mit den Prozeßfristen, als mit der Klagverjährung. Daher darf denn auch von dieser Frist durchaus keine Anwendung gemacht werden bey der nunmehr anzustellenden allgemeinen Untersuchung über die Verjährbarkeit der Exceptionen.

Nachdem diese zwey Fälle von unsrer Untersuchung ganz ausgeschieden worden sind, soll die Frage nach der Verjährbarkeit der Exceptionen selbst beantwortet werden. Um dabey auch nicht vorübergehend einem Zweifel Raum zu lassen, will ich mich gleich im Eingang dahin aus-

(f) *L.* 14 § 4 *L.* 8. 9 *C. de non num. pec.* (4. 30.). Vgl. unten § 254. g. h.

ſprechen, daß ich alle Exceptionen ohne Ausnahme für ganz unverjährbar halte.

Es ſind hierbey Drey Klaſſen möglicher Fälle zu unterſcheiden, und es iſt für jede dieſer Klaſſen die Zuläſſigkeit der Verjährung beſonders zu unterſuchen.

I. Exception ohne Klage.

II. Exception und Klage neben einander.

III. Klage ohne Exception.

Erſte Klaſſe. Exception ohne Klage.

Die Beurtheilung dieſer Fälle macht am Wenigſten Schwierigkeit, iſt auch niemals Gegenſtand eines Streites geweſen. Denn es wäre widerſinnig, Demjenigen die Strafe einer Nachläſſigkeit aufzubürden, welcher gar nicht thätig ſeyn konnte, da es ganz in der Willkühr des Gegners ſteht, die Klage anzuſtellen oder zu unterlaſſen (g).

Dieſe Fälle übrigens ſind die ſeltneren, und daher auch für den praktiſchen Erfolg der ganzen Unterſuchung von geringerer Erheblichkeit. Ein ſicherer Fall dieſer Klaſſe iſt folgender. Wenn der Beſitzer eines Grundſtücks mit einer Vindication belangt, und rechtskräftig freygeſprochen wird, ſo erwirbt er gegen den Kläger eine exceptio rei

(g) Man könnte ſagen, es ſtehe bey ihm, durch eine Provocation den Gegner zur Klage zu zwingen; allein dieſes außerordentliche Rechtsmittel, welches die neuere Praxis als bloße Nothhülfe, und zugleich als eine bloße Wohlthat für den Provocanten, eingeführt hat, kann nicht auf ſolche Weiſe in den Rechtsverkehr eingreifen, daß der unterlaſſene Gebrauch deſſelben als Nachläſſigkeit angeſehen und beſtraft werden könnte, indem dadurch jene Wohlthat eine ſehr gefährliche Seite erhalten würde. Unterholzner II. § 157.

judicatae, aber keine Klage, weil der Inhalt des Urtheils nur das Recht des Klägers verneinte, dem Beklagten aber kein positives Recht zusprach (h). Diese Exception kann unstreitig der Beklagte gebrauchen, auch wenn nach mehr als 30 Jahren dieselbe Klage von dem vorigen Kläger oder einem Successor desselben wiederholt wird.

§. 254.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Fortsetzung.)

Zweyte Klasse. Exception und Klage neben einander.

Für diesen Fall, den häufigsten und wichtigsten unter allen, ist zuvörderst der Begriff genau festzustellen.

Gewöhnlich denkt man ihn so, daß der Berechtigte zwischen diesen beiden Rechtsmitteln die Wahl habe, und daß er durch jedes denselben Zweck erreichen könne; deswegen, glauben Manche, müsse die Vernachlässigung der Klage auch den Verlust der damit identischen Exception mit sich führen.

Allein diese Auffassung ist aus mehreren Gründen verwerflich. Zuerst können niemals Klage und Exception gleichzeitig anwendbar seyn, als Gegenstände freyer Wahl

(h) *L.* 15 *de exc. rei jud.* (44. 2.). Gewöhnlich rechnet man hieher auch den Fall der doli exceptio (*L.* 5 § 6 *de doli exc.* 44. 4.), weil durch deren Daseyn die doli actio ausgeschlossen werde (§ 249. q); für diese aber wird weiter unten eine andere Ansicht aufgestellt werden (§ 255).

des Berechtigten. Denn der Gebrauch der Exception kann ſtets nur durch den Entſchluß des Gegners zur Klage herbeygeführt werden, iſt alſo vorher gar nicht möglich. Der wahre Sinn jener ſcheinbaren Concurrenz liegt nur darin, daß neben meinem wirklich vorhandenen Klagrecht, welches jeden Augenblick nach Willkühr gebraucht werden kann, zugleich alle factiſche Bedingungen für eine Klage des Gegners, und für meine Exception, wenn dieſe Klage angeſtellt werden ſollte, vorhanden ſind (a). Es iſt alſo ein großer Unterſchied zwiſchen einem ſolchen Fall, und der Concurrenz der Klagen (§ 231 fg.); bey dieſer hatte der Berechtigte wirklich die Wahl zwiſchen zwey gleichartigen Thätigkeiten; hier hat er nur die Wahl zwiſchen Thätigkeit und unthätigem Abwarten. — Zweytens iſt auch die angebliche Identität des Zwecks nur ungefähr wahr, nämlich nur wenn man auf den letzten äußeren Erfolg ſieht, nicht auf die wahre juriſtiſche Wirkung. Denn dieſe beſteht (wenn ich den Prozeß gewinne) bey der Klage in Verurtheilung des Gegners, bey der Exception in mei-

(a) Wenn mir durch Drohung eine Veräußerung abgezwungen wird, und ich die Sache zufällig wieder in Beſitz bekomme, ſo iſt der gegenwärtig beſchriebene Fall vorhanden, da alle Bedingungen vorhanden ſind für eine Vindication des Gegners (welcher wirklich Eigenthümer iſt) und meine Vertheidigung durch metus exceptio. Wenn dagegen der Gegner im Beſitz iſt, ſo habe ich eine Klage aber keine Exception, da der Gegner jetzt nicht die Möglichkeit einer Klage gegen mich hat. Es muß alſo erſt eine neue Thatſache eintreten (Verluſt des Beſitzes an mich), damit der Gegner eine Klage erlange, und ich (für den Fall ihrer Anſtellung) eine Exception. Daher gehört dieſer letzte Fall zur dritten Klaſſe.

ner eigenen Freysprechung, also in zwey juristisch ganz verschiedenen Ereignissen. Nur kann oft der Erfolg dieser Ereignisse für den Umfang und die Sicherheit meines Vermögens ziemlich derselbe seyn; ob er Dieses sey oder nicht, Das ist von sehr ungleichen und zufälligen Umständen abhängig.

Ehe ich die Beurtheilung dieser Klasse von Fällen unternehme, will ich dieselbe durch eine Reihe von Beyspielen anschaulich zu machen suchen, damit über die Natur und die Gränzen der Klasse selbst keine Unklarheit übrig bleibe. In jedem dieser Fälle kommt es darauf an, ob die Verjährung der Klage zugleich den Verlust der (in dem oben bestimmten Sinn) concurrirenden Exception nach sich zieht, oder nicht; denn dahin haben sich die beiden Meynungen in dieser Lehre ausgebildet.

1) Es wird im J. 1841 ein Landgut verkauft, so daß die Tradition sogleich, die Zahlung des Kaufgeldes im J. 1843 erfolgen soll; von beiden Seiten unterbleibt die Erfüllung. Hier verjährt die a. emti im J. 1871, die a. venditi im J. 1873 (weil sie erst 1843 angestellt werden konnte). In dieser ganzen Zeit aber hatte auch jeder Theil die exceptio non impleti contractus, wenn es etwa dem Gegner einfiel zu klagen. Wird nun die a. venditi im J. 1872 angestellt, so fragt es sich, ob der Käufer, dessen eigene Klage schon seit einem Jahr verjährt ist, dennoch die erwähnte Exception gebrauchen kann (b).

(b) Ich bejahe diese Frage, Unterholzner II. § 159 verneint

2) Ein gekauftes Pferd ſtirbt bald nach dem Kauf an einem heimlichen Fehler, noch vor gezahltem Kaufgeld. Hier hat der Käufer eine redhibitoria actio auf Befreyung von ſeiner Schuld, die in Sechs Monaten verjährt; daneben, wenn der Verkäufer auf das Kaufgeld klagt, auch eine Exception (c). Es fragt ſich aber, ob dieſe Exception, ungeachtet der Verjährung der Klage, noch gebraucht werden kann, wenn die actio venditi nach Ablauf der Sechs Monate angeſtellt wird (d).

3) Bey einer erzwungenen Stipulation hat der Schuldner die Wahl, ob er mit der a. quod metus causa auf Acceptilation klagen, oder die Stipulationsklage abwarten, und ſich dann mit der exceptio metus vertheidigen will (e). Nach dreyßig Jahren iſt die Klage gewiß verjährt; es fragt ſich, ob nun auch die Exception verloren iſt (f).

4) Wenn einem Schuldner von ſeinem Gläubiger die

ſie. — Hier iſt ſelbſt der materielle Erfolg der Rechtsmittel ſehr verſchieden; durch die Klage wird Erfüllung bewirkt, durch die Exception Nichterfüllung (wenn nicht etwa der Kläger die Erfüllung anbietet, welches in dieſer Lage ganz bey ihm ſteht). Nach Umſtänden kann es dem Käufer ganz gleichgültig ſeyn, ob von beiden Seiten erfüllt oder nicht erfüllt wird; vielleicht auch iſt ihm die Erfüllung ſehr wichtig.

(c) *L.* 59 *pr.* § 1 *de aedil. ed.* (21. 1.).

(d) Auch dieſe Frage, die ich bejahe, wird von Unterholzner II. § 159 verneint. — Hier iſt der materielle Erfolg der Klage und der Exception ganz gleich. Eben ſo in allen folgenden Fällen.

(e) *L.* 9 § 3 *quod metus* (4. 2.).

(f) In den meiſten Fällen freylich wird dieſe Frage deswegen nicht vorkommen können, weil die Stipulationsklage zu gleicher Zeit mit der a. quod metus causa verjährt ſeyn wird. Es giebt aber Fälle, worin ihre Verjährung erſt ſpäter anfängt, z. B. wenn die erzwungene Stipulation in diem geſchloſſen war. Dieſe Bemerkung paßt auch auf die zwey folgenden Fälle.

Befreyung von der Schuld legirt wird, so hat er die Wahl, entweder gegen den Erben auf Acceptilation zu klagen, oder die Schuldklage abzuwarten und sich durch Exception zu schützen (g). Es entsteht dieselbe Frage, wie in dem vorhergehenden Fall.

5) Wenn eine Geldsumme durch Stipulation versprochen wird aus einem irrig angenommenen Rechtsgrund, etwa wegen eines vorausgesetzten, aber nicht wirklich empfangnen Darlehens, so kann der Schuldner mit einer condictio sine causa auf Acceptilation klagen (h). Er kann aber auch die Stipulationsklage abwarten, und dann die doli exceptio entgegensetzen (i).

6) Ist ein ohne gehörigen Grund enterbter naher Verwandter zufällig im Besitz der Erbschaft, so kann er dennoch die querela inofficiosi anstellen, weil ein an sich gültiges Testament vorhanden ist, welches er durch Klage anzufechten hat. Er kann aber auch die hereditatis petitio des eingesetzten Erben abwarten, und dann seine Beschwerde als Exception vorbringen (k).

(g) *L.* 3 § 3 *de liberatione leg.* (34. 3.).

(h) *L.* 1 *pr. L.* 3 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 31 *de cond. indeb.* (12. 6.). Vgl. oben § 253. f.

(i) *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 3 *C. de cond. indeb.* (4. 5.). — Es ist wesentlich dieselbe Exception, welche oben als exceptio non numeratae pecuniae erwähnt worden ist, nur hier in ihrer reinen Gestalt, ohne Einwirkung der besonderen Regel über den Urkundenbeweis.

(k) *L.* 8 § 13 *de inoff. test.* (5. 2.). In diesem Fall, wie in dem unter Num. 2 angeführten, war die Klage auch schon zur Zeit der alten Juristen einer Verjährung unterworfen; in den übrigen hier zusammengestellten Fällen war sie es damals nicht.

Ich wende mich jetzt zur Beurtheilung der zu dieſer zweyten Klaſſe gehörenden Fälle, deren Natur durch eine Reihe von Beyſpielen dargeſtellt worden iſt.

Man kann dabey zuerſt verſuchen, die oben behandelte Streitfrage von der Wirkung der Klagverjährung (§ 249) zur Anwendung zu bringen. Nimmt man nach Ablauf derſelben eine fortdauernde naturalis obligatio an, ſo folgt daraus nothwendig die Unverjährbarkeit der Exception, da Jeder zugeben wird, daß dieſe aus dem früher vorhandenen Klagrecht noch übrige unvollſtändige Obligation allein ſchon hinreichen würde, eine Exception zu begründen. Aus der entgegengeſetzten Meynung möchte man geneigt ſeyn, auch unſre jetzt vorliegende Frage auf entgegengeſetzte Weiſe zu entſcheiden; dennoch folgt daraus dieſe Entſcheidung nicht nothwendig. Denn man kann die bisher vorhandene Exception auch als ein ſelbſtſtändiges Recht, unabhängig von der daneben ſtehenden Klage, betrachten, und dann haben die verſchiedenen Meynungen über die Wirkung der Klagverjährung darauf gar keinen Einfluß. Wir ſind dann vielmehr veranlaßt zu unterſuchen, ob das Inſtitut der Klagverjährung an ſich ſelbſt, nach ſeinem eigenen Geiſt und Zweck (§ 237), zu einer analogen Anwendung auf die Exceptionen geeignet iſt, und dieſen Standpunkt halte ich in der That für den einzigen, von welchem aus eine befriedigende Löſung der vorliegenden Streitfrage zu erwarten iſt.

Auf den erſten Blick möchte man glauben, die Nach-

läſſigkeit, die den allgemeinſten Grund der Verjährung bildet, ſey auch hier wahrzunehmen, da in der That der Berechtigte klagen konnte und zu klagen unterlaſſen hat. Allein bey genauerer Betrachtung verſchwindet dieſer Schein. Die Nachläſſigkeit, woraus die Klagverjährung entſpringt, beſteht darin, daß der Berechtigte unterläßt, den ihm entzogenen Genuß eines Rechts durch Klage wieder zu gewinnen. Derjenige aber, von welchem hier die Rede iſt, hat im Weſentlichen den Genuß ſeines Rechts, und die Klage, die er verjähren ließ, hätte ihm für dieſen Genuß eigentlich nur eine andere und vollſtändigere Rechtsform verſchaffen können, ohne ſeinen Zuſtand weſentlich zu verbeſſern. — Und auf denſelben Erfolg führt die genauere Betrachtung der Lage, worin ſich der Gegner befindet. Der erſte und allgemeinſte Zweck der Klagverjährung geht dahin, daß der factiſche Zuſtand, ſo wie er viele Jahre hindurch ohne Anfechtung beſtanden hat, vollkommene Rechtsſicherheit erlange. In den Fällen aber, von welchen hier die Rede iſt, hat Der, welcher jetzt die Verjährung der Exception in Anſpruch nehmen möchte, den ruhigen Genuß eines ſolchen factiſchen Zuſtandes noch gar nicht gehabt; es war ſtets ein zweydeutiges, unentſchiedenes Verhältniß geweſen, welches auch ihn veranlaſſen konnte, ſchon früher mit einer Klage aufzutreten, wenn auch die Verjährungszeit dieſer Klage jetzt noch nicht abgelaufen ſeyn mag (Note f).

Soll nun ferner als Grund der Verjährung auch die

Verminderung der Prozeſſe gelten, inſofern dieſe nicht zum Schutz eines ſicheren Rechts unentbehrlich ſind, ſo handelt ja Der, von welchem hier die Rede iſt, ganz im Sinn der Verjährungsgeſetze. Er unterläßt aus Liebe zum Frieden die Klage, die ihm meiſt nur eine größere formelle Sicherheit gewährt hätte, indem er ſich mit dem ihn befriedigenden materiellen Zuſtand begnügt.

Endlich iſt ein beſonders wichtiger Grund der Verjährung, die durch lange Zögerung für den Beklagten oft ſehr erſchwerte Vertheidigung, worauf der Kläger ſogar mit unredlicher Abſicht hinwirken kann. Die hieraus entſtehende Gefahr aber trifft in unſrem Fall gerade Demjenigen ſelbſt, welchen wir noch nach der Verjährungszeit zum Gebrauch der Exception zulaſſen wollen; er ſelbſt leidet darunter, nicht ſein Gegner, ſo daß dadurch Niemand unbillig verletzt wird. Zwar könnte man ſagen, der Gegner habe vielleicht eine Replication, deren Gebrauch ihm nun durch die Länge der Zeit erſchwert werde. Allein theils iſt der Fall der Replicationen an ſich weit ſeltner und unerheblicher, als die ſehr mannichfaltige erſte Vertheidigung des Beklagten; theils hatte der Gegner, nach unſrer Vorausſetzung, auch ſelbſt ſtets ein Klagrecht, und er hat es alſo ſich ſelbſt zuzuſchreiben, wenn zu ſeinem Nachtheil die Erledigung des ſtreitigen Rechtsverhältniſſes ſo lange verzögert worden iſt.

Das Gewicht dieſer allgemeinen Gründe wird recht einleuchtend durch die nähere Betrachtung der beiden erſten

Fälle, die oben als Beyspiele angegeben worden sind. Wenn bey dem gekauften Landgut beide Contractsklagen so viele Jahre versäumt wurden, so lag es ohne Zweifel daran, daß bey genauerer Erwägung kein Theil ein großes Interesse an der Erfüllung des Vertrags fand. Sie unterließen die Aufhebung desselben, weil jeder Theil noch im Genuß seines ursprünglichen Zustandes war, und die weitere Entwicklung äußerer Umstände abwarten wollte, um einen letzten Entschluß zu fassen. Wenn nun dieser Zustand gegenseitiger Zögerung und Unschlüssigkeit bis zum J. 1872 fortdauert, so wäre es doch die größte Ungerechtigkeit, den Käufer das Geld und das Landgut zugleich verlieren zu lassen, blos weil zufälligerweise im Vertrag verschiedene Zeitpunkte der gegenseitigen Leistungen ausbedungen waren.

Nicht anders verhält es sich mit dem gekauften und bald nachher gestorbenen Pferd. Vielleicht hat der Käufer dem Verkäufer den Tod sogleich angezeigt, und da dieser keine Einwendung machte (ohne doch ausdrücklich auf das Kaufgeld zu verzichten), sich damit begnügt, daß noch kein Geld bezahlt sey. Die Annahme einer Verjährung der Exception wäre ohne Vergleichung härter, als die Verjährung der redhibitorischen Klage auf das schon bezahlte Kaufgeld seyn würde.

Dritte Klasse. Klage ohne Exception.

Dieser Fall ist so zu denken, daß der in seinem Recht Verletzte, welcher ein Klagrecht hat, in einer solchen Lage

ſich befindet, worin der Gegner keine Klage gegen ihn, alſo auch er keine Exception gegen Jenen, anwenden kann. Erſt nach vollendeter Klagverjährung ändern ſich die Thatſachen ſo, daß der Gegner eine Klage gegen ihn erwirbt, und nun von ſeiner Seite eine Exception gedacht werden könnte, deren Verjährung jetzt in Frage kommt.

Ein Beyſpiel iſt dieſes. Der Eigenthümer eines Grundſtücks wird durch Drohungen zur Veräußerung eines Landgutes beſtimmt, und der Gegner erhält ſich fortwährend im Beſitz. Hier hat er die actio quod metus causa, aber zu einer Exception fehlt es an allen factiſchen Bedingungen, da der Andere weder das Bedürfniß noch die Möglichkeit hat, gegen ihn zu klagen. Nachdem die Klage verjährt iſt, erhält der Gezwungene durch Zufall den Beſitz, der Andere ſtellt gegen ihn die Eigenthumsklage an, und es fragt ſich ob er die exceptio metus vorſchützen kann, oder ob dieſe zugleich mit der gleichnamigen Klage verjährt iſt.

Die Fälle dieſer Klaſſe ſind weniger häufig und wichtig, als die der vorhergehenden.

Hier hängt, wie ich glaube, die Entſcheidung der Frage lediglich von der Meynung ab, die von der Wirkung der Klagverjährung gefaßt wird. Wer eine fortdauernde naturalis obligatio nach vollendeter Verjährung annimmt, ſo wie ich, muß die Verjährung der Exception verwerfen, da dieſe Obligation hinreicht, um eine Exception zu erzeugen, wozu erſt jetzt das Bedürfniß entſtanden iſt, und in deren Gebrauch daher keine Verſäumniß Statt

finden konnte. Wer die naturalis obligatio verneint, wird damit zugleich die Grundlage für die Entstehung jener Exception leugnen (l). Die praktischen Gründe aber, welche in den Fällen der zweyten Klasse das Verfahren des Verletzten gegen den Vorwurf der Nachlässigkeit rechtfertigen, und dadurch dem Verlust der Exception, unabhängig von jener Streitfrage, entgegen standen — diese Gründe fallen hier allerdings hinweg.

§. 255.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Fortsetzung.)

Bisher ist diese Streitfrage blos von dem Standpunkt allgemeiner Gründe betrachtet worden; es bleibt übrig zu untersuchen, was darüber in den Quellen des Römischen Rechts zu finden ist.

Die einzige Stelle, die mit Grund für diese Frage benutzt werden kann, ist in folgenden Worten des Paulus enthalten (a).

> Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem cum

(l) Hier fällt also die Frage zusammen mit der schon oben aufgeworfenen, wegen der Möglichkeit der Compensation; vorausgesetzt, daß ich meine Klage habe verjähren lassen, und die Forderung des Gegners, welche ich durch Compensation bestreiten will, erst nach vollendeter Verjährung entstanden ist. Vgl. § 251. Num. IV.

(a) *L.* 5 § 6 *de doli exc.* (44. 4.).

quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Von Mehreren iſt dieſe Stelle als Beweis für die Verjährbarkeit der zur zweyten Klaſſe gehörenden Exceptionen durch folgende Auslegung geltend gemacht worden (b). Wenn ich durch Betrug zu einer Stipulation verleitet worden bin, ſo ließe ſich ein zwiefacher Schutz für mich denken, durch doli actio, und durch doli exceptio gegen die Stipulationsklage des Betrügers. Da mich aber dieſe letzte hinreichend ſchützt, ſo ſoll mir die erſte, zur Schonung der Ehre des Gegners, verſagt werden (c). Daher gehört dieſer Fall zur erſten Klaſſe, indem der Betrogene lediglich eine Exception und keine Klage hat. Dazu paßt auch der am Schluß der Stelle angegebene Grund, welcher die Abweſenheit aller Nachläſſigkeit vorausſetzt; und eben dieſer Grund beweiſt für die entgegengeſetzte Behandlung der Fälle zweyter Klaſſe, weil in dieſen in der That eine Klage möglich war, deren Verſäumniß alſo eine Nachläſſigkeit in ſich ſchließt. — So weit dieſe Auslegung, die ich aus folgenden Gründen verwerfen muß.

In dem angeführten Fall hat der betrogene Schuldner allerdings auch eine Klage, nur nicht die infamirende, auf kurze Zeit eingeſchränkte doli actio, ſondern eine actio in factum, welche dem Betrogenen in ſo weit Entſchädigung verſchafft, als der Betrüger außerdem reicher ſeyn

(b) Rave § 165. Unterholzner II. § 157.

(c) *L.* 1 § 4. *L.* 40 *de dolo* (4. 3.).

würde, also gerade so weit als auch die doli exceptio reicht (d). Diese Klage sogleich anzustellen kann für den Betrogenen zuweilen sehr wichtig seyn, weil er vielleicht jetzt den Beweis des Betrugs mit Sicherheit führen wird, der ihm in spätrer Zeit durch den Tod der Zeugen entgehen kann. Mithin gehört dieser Fall in der That nicht zur ersten sondern zur zweyten Klasse (e), und spricht also vielmehr für unsre Meynung. Ja auch der am Schluß angeführte Grund ist, genauer angesehen, unsrer Meynung günstig. Denn obgleich der Betrogene nach der hier aufgestellten Ansicht jeden Augenblick klagen könnte, so ist es doch wörtlich wahr, was hier Paulus sagt, daß er im Gebrauch der Exception gar keinen eignen Willen hat, sondern ganz von der Willkühr des Gegners abhängt, der zur Anstellung seiner Klage die Zeit wählen kann, die ihm die vortheilhafteste scheint. Daher würde es ungerecht seyn, die Exceptionen als solche irgend einer Verjährung zu unterwerfen, und davon allein ist hier die Frage. — Ich glaube also, daß diese Stelle, durch die in ihr ausgesprochene Rechtsansicht, die Unverjährbarkeit der Exceptionen zweyter Klasse unterstützt. Nur kann ich sie freylich nicht für eine unmittelbare Entscheidung der vorliegenden Streitfrage halten. Damit sie Dieses seyn könnte, müßte Paulus in der That an die Concurrenz einer Exception mit einer verjährbaren Klage denken, und er

(d) *L.* 28. 29 *de dolo* (4. 3.). ähnlich dem oben erwähnten von der metus exceptio (§ 254. e).
(e) Der Fall ist also ganz

müßte die Fortdauer der Exception nach Ablauf der Klagverjährung behaupten. Die wirklich concurrirende actio in factum aber war zu ſeiner Zeit perpetua im ſtrengſten Sinn des Wortes, ohne alle Verjährung, der Fall, der ihm vorſchwebte, war alſo von unſren Fällen der zweyten Klaſſe verſchieden, und Paulus begnügte ſich, Dasjenige zu verneinen, was in ſeiner Zeit allein in Frage geſtellt werden konnte, nämlich die Beſchränkung der doli exceptio auf die kurze Dauer der gleichnamigen doli actio, von welcher die Gegner mit Recht behaupten, daß ſie mit der doli exceptio nicht concurrirt, da ſie durch dieſe letzte vielmehr ausgeſchloſſen iſt.

Die übrigen Stellen greifen in unſre Streitfrage noch weniger ein, als die eben erklärte, und ich will ſie nur deswegen erwähnen, damit nicht ein dunkler Raum übrig bleibe, welcher ſtets ein Gefühl von Unſicherheit zu erregen pflegt (f).

Ein Reſcript von Diocletian lautet alſo (g):

(f) Einige derſelben, die wohl auch angeführt werden, laſſen ſich mit wenigen Worten abthun. Die *L.* 9 § 4 *de jurejur.* (12. 2.), worauf Unterholzner II. § 158 Gewicht legt, ſpricht von Verjährung der Reſtitution, nicht der Exception. Vgl. § 253. d. — *L.* 8 § 13 *de inoff.* (5. 2.) ſpricht weder für noch gegen die Verjährung der Exception, ſondern nur im Allgemeinen von ihrer Zuläſſigkeit. Vgl. § 254. i. — Die *L.* 30 § 6 *de peculio* (15. 1.) kann man nur dadurch auf die Verjährung der Exceptionen beziehen, daß man ſich durch die Worte: in dolo *objiciendo* und nachher *objici* täuſchen läßt. In der That ſpricht ſie von der a. de peculio gegen den qui dolo fecit quo minus quid esset in peculio (*L.* 21 *eod.*), und dieſe Klage ſoll dieſelbe Verjährung haben, wie die doli actio, von welcher ſie in der That nur eine einzelne Anwendung iſt.

(g) *L.* 5 *C de except.* (8. 36).

Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.

Man möchte glauben, diese Stelle enthalte folgenden hierher gehörenden Satz: das Interdict ist als Klage einjährig, als Exception unverjährbar; dann würde sie unmittelbar für unsre Meynung entscheiden. Allein darauf ist mit Grund geantwortet worden, die Exception könne ohnehin nur ungerechte Bereicherung des Klägers abwehren, in dieser Beschränkung aber sey auch das Interdict als Klage unverjährbar gewesen (h). So richtig diese Antwort an sich ist, so bleibt dabey die Hauptschwierigkeit ungelöst, wie man sich die Klage des Gegners zu denken hat, gegen welche diese Exception gebraucht werden soll. Man wird zunächst an eine Vindication denken; allein der Eigenthumsklage kann im Allgemeinen keine Exception aus dem bloßen Besitz entgegengesetzt werden. Daher hat man mit vielem Schein die Strafe der Selbsthülfe mit hinzu genommen; der Gegner, sagt man, habe sein Eigenthum durch Selbsthülfe verloren, und dieser Verlust werde durch die erwähnte Exception geltend gemacht (i). Allein dieses wäre keine Exception, sondern Verneinung des Eigenthums; es würde auch über die (oben als unverjährbar erkannte)

(h) *L.* 1 *pr.* § 48 *L.* 3 § 1 *de vi* (43. 16.).

(i) Unterholzner II. S. 24.

Abwehr der Bereicherung hinaus gehen, und eine reine Strafe enthalten; ganz beſonders aber iſt der Verluſt des Eigenthums in Folge der Selbſthülfe weit neuer als Diocletian (k). — Die Sache iſt aber wohl ſo zu denken. Zwiſchen mir und Gajus iſt das Eigenthum eines Grundſtücks ſtreitig; er verdrängt mich gewaltſam aus dem Beſitz, es kommen aber ſpäter wieder Thatſachen vor, die den Beſitzſtand zweifelhaft machen, und da Gajus die Sache zur Entſcheidung zu bringen wünſcht, ſo ſtellt er gegen mich das Interdict uti possidetis an, um mich demnächſt zur Anſtellung der Vindication zu nöthigen. Gegen dieſes Interdict habe ich die exceptio violentae possessionis (l), und Dieſe iſt, wie das vorliegende Reſcript ſagt, nicht ſo, wie das Interdict de vi an eine kurze Verjährung gebunden. — Dieſer Ausſpruch nun wird allerdings ſchon durch den oben angegebenen Grund völlig gerechtfertigt, und es iſt daher in dieſer Stelle eine entſchiedene Anerkennung der gänzlichen Unverjährbarkeit aller Exceptionen nicht enthalten.

Ein anderes Reſcript deſſelben Kaiſers drückt ſich ſo aus (m):

> Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes.

(k) Die *L.* 7 *C. unde vi* (8. 4.) iſt vom J. 389.

(l) *L.* 1 *pr.* § 5. 9 *uti poss.* (43. 17.).

(m) *L.* 6 *de except.* (8. 36.).

Der Schuldner aus einer Stipulation hatte vermittelst eines Betrugs den Erlaß durch bloßes Pactum bewirkt. Gegen die Stipulationsklage wird die pacti exceptio gebraucht werden; allein diese wird durch die doli replicatio entkräftet, welche nach dem Ausspruch des Kaisers nicht an die Verjährung der gleichnamigen doli actio gebunden ist. Diese Entscheidung könnte höchstens die Unverjährbarkeit der Replicationen beweisen, nicht die der Exceptionen; sie beweist aber auch jene nicht, weil diese Replication, eben so wie im vorigen Fall die Exception, blos die ungerechte Bereicherung abwehren soll, in welcher Beziehung auch schon die Klage jener kurzen Verjährung entzogen war. — Übrigens paßt diese Stelle nicht mehr in den Zusammenhang des Justinianischen Rechts. Denn wenn jetzt seit dem betrüglichen Erlaßvertrag die 30 Jahre abgelaufen sind, durch welche man die doli replicatio für verjährt halten könnte, so muß schon früher die Stipulationsklage verjährt seyn; dann aber steht derselben die temporalis praescriptio entgegen, und die pacti exceptio, worauf allein die doli replicatio sich hätte beziehen können, kommt gar nicht zur Sprache.

Die Schriftsteller haben die eben behandelte Streitfrage gewöhnlich in einem engeren Sinn aufgefaßt, als hier geschehen ist. Über die Fälle der ersten Klasse ist gar kein Streit; dabey erkennen Alle die Unverjährbarkeit der Ex-

ception an. Die Fälle der dritten Klaſſe werden gewöhnlich nicht in dieſem Zuſammenhang unterſucht, ſondern in Verbindung mit der früher abgehandelten Streitfrage wegen der Wirkung der Klagverjährung. Der Streit iſt alſo faſt ausſchließend auf die Fälle der zweyten Klaſſe gerichtet, die auch ohnehin die häufigſten und wichtigſten ſind.

Hierüber nun hat in neueren Zeiten die Mehrzahl namhafter Schriftſteller die richtige Meynung angenommen (n). In früherer Zeit war die entgegengeſetzte faſt allgemein herrſchend, und es hat ihr auch in der neueſten Zeit nicht an einzelnen Vertheidigern gefehlt (o).

Die Praxis der Gerichte iſt bis auf die neueſte Zeit eben ſo verſchieden geweſen, als die Lehre der Schriftſteller (p). An eine Entſcheidung der Frage durch gleich-

(n) Claproth de rebus merae facultatis Götting. 1752 § 2—7 (gründlich und gut), Weber Beyträge von Klagen S. 6—14, Glück B. 20 S. 161. 162. Mühlenbruch II. § 481, Göſchen S. 471. Eigentlich gehört dahin auch Büchel Erörterungen Heft 1. S. 8—21, der nur in der Auffaſſung abweicht. Er legt das Hauptgewicht darauf, daß die Klage und die Exception juriſtiſch verſchiedene Objecte haben, welches ich zwar auch oben anerkannt habe, jedoch ohne es für das entſcheidende Moment zu halten.

(o) Ältere Schriftſteller ſind angeführt bey Claproth l. c. § 2 not. 2. — Neuere: Rave § 165, Unterholzner II. § 156—160, Pfeiffer praktiſche Ausführungen B. 3 S. 73—82. — Thibaut hat auch hier ſehr verſchiedene Meynungen vertheidigt, welches mit ſeinem Schwanken über die Wirkung der Klagverjährung zuſammen hängt (§ 248. *n.*). Verjährung S. 150. 151., Pandekten 7te Ausg. § 1062, 8te Ausg. § 1025.

(p) Für die richtige Meynung (ſowohl nach gemeinem, als nach Preußiſchem Recht) iſt das Berliner Obertribunal: Simon und Strampff Entſcheidungen des Obertribunals B. 1. Berlin 1837. S. 120—136. — Für die entge-

förmige Praxis ist also nach keiner Richtung hin zu denken.

Ein Ausspruch neuerer Gesetzgebung über diese Frage ist mir nicht bekannt; es wird also wohl überall diejenige Meynung zur Anwendung kommen, die für das gemeine Recht als richtig angesehen wird.

gengesetzte das Oberappellationsgericht zu Cassel: Pfeiffer a. a. O., wo jedoch die Verjährung der Exceptionen, und die ganz verschiedene Verjährung der Restitution, sehr durcheinander geworfen werden.

Beylagen.

XII. XIII. XIV.

Beylage XII.

Quanti res est.

(Zu § 216. Note u) (a).

I.

Der Gegenstand sehr vieler Klagen wird ausgedrückt durch die Worte: quanti res est, und diese Worte wurden daher sehr gewöhnlich in die Condemnatio, das heißt in den letzten Theil der formula im älteren Römischen Prozeß, gesetzt. Eben so kamen diese Ausdrücke in manchen Stipulationen vor, aus welchen sie dann gleichfalls, wenn es zur Klage kam, in die Condemnatio übergiengen. Welches war nun der Sinn jener Worte?

Es giebt wenige Ausdrücke in der Römischen Sprache, die so viele Bedeutungen anzunehmen fähig sind, wie das Wort res, und dieser Umstand macht auch die Beantwor-

(a) Man könnte glauben, die Beseitigung einer möglichen falschen Ansicht über die formula in factum concepta sey zu unbedeutend, um eine besondere Untersuchung über den hier bezeichneten Gegenstand zu rechtfertigen. Allein die Bedeutung der Ausdrücke quanti res est ist für die Natur und Wirkung vieler einzelnen Klagen wichtig, und es ist ganz zufällig, daß jene Veranlassung schon hier eine Untersuchung herbeyführt, die außerdem an anderen Stellen ohnehin unentbehrlich seyn würde.

tung der hier aufgeworfenen Frage zweifelhaft. Da nämlich res ſowohl einen ſichtbaren, handgreiflichen Gegenſtand bezeichnet, als auch ein Geſchäft, eine Angelegenheit, ſo bieten ſich ſogleich zwey mögliche Erklärungen der angegebenen Ausdrücke dar. Sie können erſtlich heißen: ſo viel die ſtreitige Sache nach gewöhnlichen Preiſen werth iſt (Sachwerth); zweytens: ſo weit der Berechtigte bey dem vorliegenden Rechtsſtreit, oder bey der vorgefallenen Verletzung, intereſſirt iſt (Intereſſe).

In vielen Fällen wird der Sachwerth mit dem Intereſſe völlig übereinkommen. — In anderen Fällen wird das Intereſſe mehr betragen als der Sachwerth. Wenn ich ein Pferd, das 100 werth iſt, vermiethe, dann aber an einen Dritten verkaufe, und dieſem eine Conventionalſtrafe von 150 für den Fall der fehlenden Ablieferung verſpreche, der Miether nun ſich das Pferd ſtehlen läßt und mich dadurch außer Stand ſetzt, den Kaufcontract zu erfüllen, ſo beträgt das Intereſſe, welches mir der Miether vergüten muß, 150, mithin mehr als der Sachwerth (a). — Wenn dagegen die Exhibition einer Sache gefordert und verweigert wird, ſo hat der Beklagte in Geld das Intereſſe der verweigerten Exhibition zu vergüten, welches oft weit weniger als der Sachwerth betragen wird (b). Eben ſo geht die condictio furtiva auf das

(a) Ein ſolcher Fall (nur bey der furti actio) wird erwähnt in *L.* 67 § 1 *de furtis* (47. 2.) ſ. u. Num. V. c.

(b) *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4.).

Intereſſe des erlittenen Diebſtahls für jeden Beſtohlenen. Iſt nun der Kläger Eigenthümer der geſtohlenen Sache, ſo wird dieſes Intereſſe wenigſtens dem Sachwerth gleich kommen, vielleicht ihn überſteigen (c); iſt er aber nur Pfandglaubiger, Uſufructuar oder Uſuar, ſo wird dieſes Intereſſe ſtets geringer, und oft viel geringer ſeyn als der Sachwerth (d). — Dieſe verſchiedene Natur der möglichen Fälle wird auch ſchon von den alten Juriſten ſehr beſtimmt anerkannt (Num. III.).

II.

Die Erklärung jener Worte vom Sachwerth iſt die buchſtäblichere, die von dem Intereſſe ſchließt ſich mehr dem Sinn und inneren Weſen der Rechtsverhältniſſe an, und ſo wird man ſchon im Allgemeinen geneigt ſeyn anzunehmen, daß die erſte in der älteren Zeit, ſpäter aber die zweyte, geherrſcht haben möchte.

Dieſe Annahme läßt ſich am vollſtändigſten durchführen bey der actio Legis Aquiliae. Beide noch im Juſtinianiſchen Recht übrige Kapitel derſelben enthalten die Ausdrücke: quanti id fuit, quanti ea res erit (a). Dieſes wurde urſprünglich von dem bloßen Sachwerth verſtanden; ſpäter aber erkannte man zwar auch noch an, daß die Worte des Geſetzes nicht weiter als auf den Sach-

(c) *L.* 3 *de cond. furt.* (13. 1.). (13. 7.).
(d) *L.* 12 § 2 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 22 § 2 *de pign. act.*
(a) *L.* 2 *pr. L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

werth giengen, man erweiterte jedoch durch Interpretation den Inhalt der Klage auf das ganze, noch außer dem Sachwerth erweisliche, Intereſſe (b), und dieſe Erweiterung wird als das geltende neueſte Recht bezeichnet (c).

III.

Das Interdict uti possidetis hatte der Prätor mit den Worten quanti res erit angekündigt (a). Der Juriſt Servius nahm Dieſes buchſtäblich, von dem Sachwerth, Ulpian aber verwirft dieſe Meynung mit großer Entſchiedenheit. Die merkwürdige Stelle lautet vollſtändig ſo:

L. 3 § 11 *uti poss.* (43. 17.).

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem.

Den Worten nach (ſagt Ulpian) wird die Condemnatio auf den Sachwerth bezogen.

Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.

Indeſſen faſſen wir die im Edict gebrauchten Aus-

(b) § 10 *J. de L. Aquilia* (4. 3.) „Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit" rel.

(c) *L.* 21 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.) „Sed utrum corpus ejus solum aestimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra non esse occisum? Et *hoc jure utimur*, ut ejus quod interest fiat aestimatio." Die in den Worten des Geſetzes vorgeſchriebene künſtliche Zurückrechnung hat mit dieſem Gegenſatz gar Nichts zu ſchaffen, und läßt ſich auf den bloßen Sachwerth, wie auf das Intereſſe, gleichmäßig anwenden. *L.* 23 § 6 *eod.*

(a) *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 17.).

drücke nicht ſo buchſtäblich auf, ſondern verſtehen ſie vielmehr von dem Intereſſe, welches der Kläger bey der Erhaltung des Beſitzes hat.

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti *ipsa res* est.

Servius freylich wollte jene Ausdrücke buchſtäblich erklären, von dem Eigenthumswerth der Sache ſelbſt.

Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est *rei* pretium, aliud *possessionis*.

IV.

Ganz dieſelbe Behandlung tritt auch ein bey dem Interdict de vi, und die hierauf bezügliche Stelle des Paulus hat noch mehr praktiſche Ausführlichkeit als die eben angeführte des Ulpian.

L. 6 *de vi* (43. 16.).

In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, *quanti intersit possidere: et hoc jure nos uti* Pomponius scribit, id est, *tanti rem* videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est: veluti cum quaestionis habendae, aut rei probandae gratia, aut hereditatis adeundae, intersit ejus eum possideri.

In den erhaltenen Worten des Edicts (a) ſteht zwar

(a) *L.* 1 *pr. de vi* (43. 16.).

das quanti res est nicht; daß es aber dennoch im Edict vorhanden war, erhellt aus den Worten unsrer Stelle: tanti rem videri, die offenbar als Interpretation der Edictsworte quanti res est gelten sollen. — Daß auch hier früher eine abweichende buchstäblichere Erklärung versucht wurde, wird nicht ausdrücklich gesagt, doch wird darauf hingedeutet in den Worten: hoc jure nos uti (Num. II. c.), indem hierin auf die praktische Anerkennung des Satzes Gewicht gelegt, und dafür das Zeugniß des Pomponius angeführt wird.

V.

Schwieriger und bestrittener steht die Sache bey der furti actio. Hier wird bald der zweyfache, bald der dreyfache oder vierfache Werth gefordert, als reine Strafe, und es fragt sich, welches Simplum diesen Multiplicationen zum Grunde zu legen ist. Da die Klage aus den Zwölf Tafeln herkam, ist es nicht unwahrscheinlich, daß die Art ihrer Anwendung dieselbe Entwicklung erfahren hat, wie die der actio Legis Aquiliae (Num. II.).

Daß auch hier die Ausdrücke quanti res est irgendwo gebraucht worden waren, sey es in den Zwölf Tafeln, oder im Edict bey Einführung der actio furti manifesti, oder in den Klagformularen, wird fast gewiß durch folgende Stelle des Javolenus:

L. 9 *de in litem jur.* (12. 3.).

Cum furti agitur, jurare ita oportet, *tanti rem fuisse*, cum furtum factum sit.

Dieſe Worte haben nur Sinn, wenn man ſie auf das im Geſetz oder Edict ſtehende quanti res est bezieht, welches durch den Eid auf den einzelnen Fall angewendet werden ſollte.

Über die praktiſche Deutung jener Worte nun ſind folgende Stellen zu bemerken. Zuerſt muß unterſchieden werden, ob der Beſtohlene, welcher die Klage anſtellt, Eigenthum oder ein bloßes jus in re an der geſtohlenen Sache hat. Im letzten Fall iſt es unzweifelhaft, daß das Simplum blos in des Klägers Intereſſe beſtehen kann, welches hier ſtets geringer ſeyn wird als der Sachwerth (a). Im erſten Fall dagegen, wenn der beſtohlene Eigenthümer klagt, kann gezweifelt werden, ob das Simplum in dem reinen Sachwerth, oder in dem, vielleicht höheren, vielleicht geringeren Intereſſe beſteht. Auch hier nun iſt, der richtigeren Meynung nach, das Intereſſe anzunehmen.

Ich will zuerſt einige Entſcheidungen einzelner Rechtsfälle anführen, die ſtets unzweydeutiger ſind, als abſtracte Regeln.

Wenn einem Glaubiger Schuldurkunden geſtohlen werden, ſo glaubten Einige, das Simplum beſtehe blos in dem unbedeutenden Sachwerth der mit Wachs überzoge-

(a) *L.* 80 § 1 *de furtis* (47. 2.) von Papinian: „.. Quia itaque tunc *sola utilitas* aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest."

nen Holztafeln; Paulus aber nimmt als Simplum das volle Intereſſe an, welches nach Umſtänden der ganzen Schuldſumme, worauf die Urkunde geſtellt war, gleich kommen kann (b).

Wenn der Beſtohlene unter einer Conventionalſtrafe verſprochen hatte, die Sache an einem beſtimmten Tage einem Dritten zu übergeben, welches ihm durch den Diebſtahl unmöglich wurde, ſo daß er nun die Strafe zahlen mußte, ſo gehört dieſe Strafe gewiß nicht zum Sachwerth, ſondern zu dem Intereſſe; dennoch wird dieſelbe, nach Celſus, in das Simplum mit eingerechnet (c).

Wenn ein geſtohlener Sklave zum Erben eingeſetzt war, und der Herr durch den Diebſtahl den Erwerb der Erbſchaft einbüßte, ſo ſoll der Werth dieſer Erbſchaft mit in das Simplum eingerechnet werden, und es iſt gleich hier wohl zu bemerken, daß Ulpian Dieſes behauptet (d).

VI.

Ich gehe nun über zu den Stellen, welche über unſre Frage abſtractere Regeln aufſtellen. Dahin gehört zuerſt folgende Stelle des Papinian.

L. 80 § 1 *de furtis* (47. 2.).

Cum autem jure dominii defertur furti actio, quam-

(b) *L.* 32 *pr.* § 1 *de furtis* (47. 2.), vgl. *L.* 10 § 3 *de edendo* (2. 13.).

(c) *L.* 67 § 1 *de furtis* (47. 2.). „Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur."

(d) *L.* 52 § 28 *de furtis* (47. 2.).

vis non alias nisi nostra intersit competat (a): tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est.

Auf den ersten Blick scheinen ganz entscheidend die Worte: si nihil amplius intersit. Der Inhalt scheint nämlich folgender: das Simplum besteht jederzeit wenigstens in dem Sachwerth, vielleicht aber in einer höheren Summe, wenn noch ein höheres Interesse neben dem Sachwerth nachgewiesen werden kann (si nihil *amplius* intersit). — Allein nach dem ganzen Zusammenhang geht das amplius nicht auf die Erweiterung des Gegenstandes, sondern auf dessen zeitliche Fortdauer (b), so daß der Sinn vielmehr folgender ist: Wenn das zur Zeit des Diebstahls vorhandene Interesse hinterher völlig verschwunden ist, so bleibt Nichts übrig, als den reinen Sachwerth als Simplum anzunehmen, weil ein anderes Interesse nicht mehr ermittelt werden kann. — Dieses wird nun erläutert und bestätigt durch die folgenden Worte:

Idque et in statuliberis, et in legato sub condicione

(a) Das heißt: wenn der bestohlene Eigenthümer bey dem Diebstahl, schon zur Zeit desselben, kein Interesse hat, z. B. weil er die Sache vermiethet hatte, so daß ihm der Miether, dessen Nachlässigkeit allein den Diebstahl möglich machen konnte, für den Verlust einstehen muß, so hat der Eigenthümer die Klage nicht. § 13. 15. *J. de obl. quae ex del.* (4. 1.).

(b) Vgl. Schulting notae in Dig., *L.* 50 *pr. de furtis* (47. 2.).

relicto probatur. Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest (c).

Wenn der einem Erben gestohlene Sklave unter einer Bedingung frey gelassen oder einem Dritten legirt war, so betrug das Interesse weniger als der Sachwerth, weil das Eigenthum an dem Sklaven durch die Bedingung unsicher war. Wenn nun zur Zeit der Klage die Bedingung noch unentschieden schwebt, so soll das Interesse (als Simplum) dadurch ermittelt werden, daß man den Sklaven mit der auf dem Eigenthum haftenden Gefahr verkauft; der so erlangte Kaufpreis soll als Interesse des Diebstahls, folglich als Simplum der Klage, gelten (d). Ist aber zur Zeit der Klage die Bedingung schon erfüllt, also das Eigenthum für den Kläger verschwunden, so zeigt sich jene Auskunft als unmöglich, und nun bleibt Nichts übrig, als den reinen Sachwerth zum Grund zu legen, ohne Rücksicht auf den Einfluß der Bedingung.

(c) Hier folgt nun unmittelbar der oben Num. V. a. abgedruckte letzte Theil der Stelle.

(d) Dieses Verfahren wird ausdrücklich vorgeschrieben von Ulpian in *L.* 53 § 29 *de furtis* (47. 2.) „Pendente autem condicione (nämlich si agatur), tanti aestimandus est, *quanti emtorem potest invenire.*" Der vorhergehende Fall geht auf eine Entwendung vor angetretener Erbschaft, wobey auch noch vor dem Antritt die Bedingung eingetreten ist. Denn gegen die Erbschaft kann kein Diebstahl begangen werden, und zur Zeit des Antritts war der Sklave nicht mehr Stück der Erbschaft. War dagegen die Bedingung noch schwebend zur Zeit des Antritts, so würde durch fortgesetzte Contrectation gegen den Erben das furtum begangen.

Wenngleich nun die in jener Stelle enthaltenen Worte: si nihil *amplius* intersit unſere Frage nicht entſcheiden, ſo läßt dennoch die ganze Stelle darüber keinen Zweifel übrig. Ganz entſcheidend nämlich ſind die Worte: ad aestimationem corporis ... *utilitas mea* referenda est. Papinian will alſo ſagen: das wahre Simplum beſteht überall in der utilitas des Beſtohlnen, das heißt in ſeinem Intereſſe (e), und es liegt blos in den beſonderen Umſtänden des vorliegenden Falles, daß hier das Intereſſe mit dem Sachwerth identiſch iſt. Dieſe Erklärung wird völlig beſtätigt durch die Schlußworte, nach welchen Papinian auch im vorliegenden Fall ein vom Sachwerth verſchiedenes Intereſſe annehmen würde, wenn es nur möglich wäre, ein ſolches zu ermitteln.

VII.

Zweifelhafter iſt folgende Stelle des Ulpian, welche von jeher die verſchiedenſten Meynungen über unſre ganze Frage veranlaßt hat.

L. 50 *pr. de furtis* (47. 2.).

In furti actione non, quod interest, quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit cum judicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id temps,

(e) Utilitas iſt der eigentliche Name für das Intereſſe. Vgl. *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1.), und viele andere Stellen.

quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur: quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

Hier ſcheint geradezu das Intereſſe als Simplum negirt, der Sachwerth angenommen, wodurch die Stelle mit allen vorher zuſammengeſtellten in Widerſpruch treten würde. Manche haben nun in der That eine Controverſe unter den alten Juriſten über dieſe Frage behauptet, und man könnte verſuchen, dieſe mit der wahrſcheinlichen Entwicklung der Rechtsregel (Num. V.) in Verbindung zu ſetzen. Indeſſen muß dieſe Meynung gänzlich verworfen werden, weil gerade derſelbe Ulpian in einer der beſtimmteſten einzelnen Entſcheidungen (Num. V. d) das Intereſſe als Simplum anerkennt.

Sieht man auf die in unſrer Stelle enthaltenen einzelnen Anwendungen, ſo iſt Ulpians Meynung offenbar dieſe. Wenn der Werth, welcher zur Zeit des Diebſtahls gefordert werden konnte, in der Folge vermindert worden oder ganz verſchwunden iſt, ſo wird dadurch die im Urtheil auszuſprechende Summe nicht geringer; iſt jener Werth geſtiegen, ſo wird die Summe größer. Der Gegenſatz alſo, der ihm hier vorſchwebt, betrifft die verſchiedenen Zeitpunkte möglicher Schätzung, nicht den Unterſchied des Sachwerths vom Intereſſe; wenn nun dennoch ſeine Ausdrücke mehr auf dieſen letzten Gegenſatz zu gehen ſcheinen, ſo hat er dieſelben allerdings nicht ſorgfältig gewählt.

Die Gedankenverbindung, woraus dieſe ungenaue Rede zu erklären, zugleich alſo ihre Vorausſetzung zu rechtfertigen iſt, mag etwa folgende ſeyn. Ulpian dachte an einen Fall, worin (wie in den allermeiſten) das Intereſſe mit dem Sachwerth identiſch war, der Sachwerth aber, durch eine in der Sache ſelbſt vorgegangene Veränderung ſich vermindert hatte, etwa von 100 auf 60. Nun drückte Ulpian ſeine Meynung in folgender Weiſe aus: Es iſt eine Sache im Werth von 100 geſtohlen worden, und es muß daher die Summe von 100 als Simplum behandelt werden, obgleich das gegenwärtige Intereſſe des Klägers (zur Zeit der Klage) nur 60 beträgt, ſo daß es ihm nur einen fühlbaren Unterſchied von 60 in ſeinem Vermögen macht, wenn man annimmt, die Sache wäre ihm nicht geſtohlen worden.

VIII.

In mehreren anderen ſpeciellen Fällen hat es gar keinen Zweifel, daß das quanti res est völlig gleichbedeutend iſt mit quanti interest. So ſtanden jene Worte in der Condemnationsformel der doli actio (a), und es war ſo wenig zweifelhaft, dieſelben von dem Intereſſe zu verſtehen, daß ſogar der Eid in litem dabey geſtattet wurde, der doch auf die ausgedehnteſte Leiſtung des Intereſſe führt (b).

(a) *L.* 17 *pr. L.* 18 *pr. de dolo* (4. 3.).
(b) *L.* 18 *pr.* § 1. 4 *de dolo* (4. 3.).

Ganz derſelbe Fall tritt ein bey den prätoriſchen Stipulationen, deren Formel die Worte quanti res est enthielt, und deren Folge eine Klage auf das vollſtändige Intereſſe war (c).

IX.

Noch wichtiger und entſcheidender aber, als jene einzelne Beſtimmungen, iſt folgende ſehr weit greifende allgemeine Regel. Alle Klagen in rem und in personam, die auf Reſtitution einer Sache gerichtet ſind, ja ſelbſt die auf Reſtitution gehende Interdicte, haben in ihrer Condemnationsformel die Worte quanti res est, und dieſe bedeuten hier überall nicht mehr und nicht weniger, als das Intereſſe, welches jene Reſtitution für den Kläger hat (a). Hierin liegt denn zugleich die unmittelbarſte Beſtätigung der Behauptung, wodurch die gegenwärtige Unterſuchung zunächſt veranlaßt worden iſt, daß der Juder bey der formula in factum concepta zu einer eben ſo freyen Prüfung und Feſtſtellung des Intereſſe berufen war, wie bey der formula in jus concepta (b).

(c) *L.* 11 *de stipul. praetor.* (46. 5.), *L.* 3 *pr. L.* 8 § 2 *ratam rem* (46. 8.). — Eben ſo wird auch bey freywilligen Stipulationen das quanti res est und quanti interest als gleichbedeutend angeſehen. *L.* 38 § 2 *de V. O.* (45. 1.), vgl. mit *L.* 81 *pr. eod.*

(a) *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.) „.. non pluris quam quanti res est, *id est quanti adversarii interfuit*, condemnandus est." — *L.* 71 *eod.* „quanti res sit."

(b) Vgl. Syſtem § 216. Note u.

X.

Es dürfen jedoch einige einzelne Fälle nicht mit Stillschweigen übergangen werden, worin theils die Beurtheilung selbst, theils der Sprachgebrauch, von den hier aufgestellten Regeln abweicht; die genauere Betrachtung dieser Fälle ist nicht dazu geeignet, die als regelmäßig dargestellte Behandlung des Gegenstandes zweifelhaft zu machen.

Die entschiedenste Abweichung vom regelmäßigen Sprachgebrauch findet sich bey der actio ad exhibendum. Diese geht auf das Interesse, welches der Kläger bey der Exhibition hat, nicht auf den Sachwerth, und dieser Gegensatz wird hier ganz ungewöhnlicherweise so ausgedrückt: die Klage gehe nicht auf quanti res est (a). Die Stelle selbst rührt zwar von Ulpian her, allein sie enthält doch blos ein Allegat aus Neratius, und so ist also Dieses als ein singulärer Sprachgebrauch des Neratius anzusehen.

XI.

Einige Vergehen, die im Prozeß gegen die obrigkeitliche Gewalt begangen werden konnten, hatten zur Folge eine Strafklage, welche nicht auf das (oft ganz unbedeutende)

(a) *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4.) „Et ideo Neratius ait, *utilitatem actoris* venire in aestimationem, *non quanti res sit:* quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res."

Intereſſe gerichtet war, ſondern auf eine Geldſtrafe, die dem Geldwerth des Prozeßgegenſtandes gleich kam. Dieſer Gegenſatz wurde ſo ausgedrückt: die Klage gehe nicht auf das Intereſſe, ſondern auf quanti res est (a). Auch dieſer Sprachgebrauch iſt von dem ſonſt gewöhnlichen verſchieden, jedoch iſt er demſelben nicht ſo direct entgegengeſetzt, wie es auf den erſten Blick wohl ſcheinen möchte. Denn das, was hier, als verſchieden vom Intereſſe, durch quanti res est bezeichnet wird, iſt nicht, wie in den oben zuſammengeſtellten Fällen, der Sachwerth, ſondern der Streitgegenſtand, ſo daß alſo hier und dort Gegenſätze von ganz verſchiedener Art auszudrücken waren.

XII.

Die actio vi bonorum raptorum geht auf den vierfachen Werth der geraubten Sache mit Einſchluß des Simplum, alſo auf den dreyfachen Werth als reine Strafe. Die Behandlung iſt aber hier eine ganz andere, als die welche oben für die furti actio nachgewieſen worden iſt (Num. V — VII.); denn das Simplum iſt nicht, wie bey der furti actio, das Intereſſe des Beraubten, ſondern vielmehr der reine Sachwerth (a). Wir kennen den Grund

(a) *L.* 1 § 4 *si quis jus dic.* (2. 3.). „Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur." — *L.* 5 § 1 *ne quis eum* (2. 7.) „quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est."

(a) *L.* 2 § 13 *vi bon. rapt.* (47. 8.). „In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest."

des Unterſchieds nicht, aber auf den hier unterſuchten Sprachgebrauch hat derſelbe keine Beziehung, da nirgend geſagt wird, daß bey jener Klage die Worte quanti res est gebraucht worden wären.

Dieſe letzte Bemerkung gilt eben ſo auch von der actio de rationibus distrahendis, wodurch der Vormund, welcher Sachen des Mündels unterſchlagen hat, auf den doppelten Werth belangt wird. In dieſem doppelten Werth iſt das Simplum mit enthalten, und das Simplum beſteht nicht in dem Intereſſe, ſondern in dem reinen Sachwerth (b). Hier aber läßt ſich der Grund dieſer eigenthümlichen Behandlung angeben. Das Duplum ſelbſt war nicht als eigentliche Strafe gedacht, ſondern als ein präſumtives, ſehr hoch beſtimmtes Intereſſe, deſſen ſchwieriger Beweis dadurch entbehrlich gemacht werden ſollte. Eben daher konnte nicht auch das Simplum auf das Intereſſe geſtellt werden (c).

XIII.

Das größte Bedenken endlich erregen folgende zwey Stellen des Ulpian, die in ihrer ſcheinbaren Allgemeinheit alles bisher Dargeſtellte wankend zu machen ſcheinen.

L. 179 *de V. S.* (50. 16.). Ulp. lib. 51 ad Sabinum.

(b) *L.* 1 § 20 *de tutelae* (27. 3.). Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem."

(c) Vgl. Syſtem § 212 Note k. l. m. n.

Inter haec verba, *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.

L. 193 *eod.* Ulp. lib. 38 ad Ed.

Haec verba, *quanti eam rem paret esse*, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur.

Es hilft wenig, daß beide Stellen zunächſt nicht die Bedeutung von quanti res *est*, ſondern von esse *paret*, angeben wollen, denn ſie erklären beide Ausdrücke für gleichbedeutend, und ſagen für beide, daß ſie den Sachwerth, nicht das Intereſſe bezeichnen. Auch die häufig vorkommenden Varianten apparet und patet helfen der hier bemerkten Schwierigkeit nicht ab.

Es bleibt alſo kaum etwas Anderes übrig, als auf das allgemeine Verhältniß zwiſchen ganz abſtract gefaßten Regeln, und concreten Entſcheidungen zurück zu gehen, unter welchen die letzten, im Fall eines Widerſpruchs, vorzugsweiſe vor den erſten, den wahren Sinn des Rechts in ſich ſchließen werden (a). Ja wir müſſen hier noch einen Schritt weiter gehen, und nicht ſowohl die mislungene Regelfaſſung des Ulpian anklagen, als die fehlerhafte Weiſe, in welcher dieſe Stellen von den Compilatoren aus ihrem urſprünglichen Zuſammenhang losgeriſſen ſeyn mögen. Kennten wir dieſen Zuſammenhang, ſo würde wahrſcheinlich jede Spur eines Widerſpruchs verſchwinden, indem dieſer ohne Zweifel nur durch den falſchen Schein

(a) Syſtem Band 1 § 44 S. 276.

von Allgemeinheit entſteht, welcher dieſen Ausſprüchen durch ihre abgeriſſene Stellung in den Digeſten zu Theil geworden iſt. Einige entferntere Vermuthungen werden durch die Überſchriften beider Stellen herbeygeführt. Die L. 179 cit. iſt aus einem Buch des Ulpian ad Sabinum, welches vorzugsweiſe von der Jurisdiction handelte (b); die hier excerpirte Stelle möchte alſo wohl von einer der prätoriſchen Strafklagen zu verſtehen ſeyn, die aus der Verletzung der Jurisdictionsrechte entſtanden, und bey welchen, wie wir von einigen beſtimmt wiſſen, in der That dieſer abweichende Sprachgebrauch herrſchte (Num. XI.). — L. 193 cit. aber iſt aus einem Buch ad edictum genommen, welches vorzugsweiſe die mit der furti actio verwandten, zum Theil ſehr alten, Klagen abhandelte (c); es iſt nun leicht möglich, daß bey einer derſelben der Ausdruck quanti res est gebraucht war, jedoch in dem ungewöhnlichen Sinn des reinen Sachwerthes, ſo wie wir ohnehin von der vi bonorum raptorum actio wiſſen, daß bey ihr der Sachwerth, nicht das Intereſſe, als Simplum angeſehen wurde (Num. XII.).

Manche werden erwiedern, dieſe Vermuthungen, ſelbſt wenn ſie gegründet wären, ſeyen dennoch für uns unfruchtbar, weil einmal Juſtinian jenen Stellen durch deren Aufnahme in den Titel de verborum significatione, die Kraft allgemeiner Interpretationsregeln unabänderlich mit-

(b) Hommel palingenesia librorum juris T. 3 p. 588. 589.
(c) Vgl. die Titel 4—7 im 47. Buch der Digeſten.

getheilt habe. Wie weit man nun auch dieſen unbedingten Gehorſam gegen jedes einzelne, auch erweislich irrige, Stück der Compilation treiben möge, ſo würde derſelbe wenigſtens im vorliegenden Fall ohne Erfolg bleiben. Denn für alle wichtige Fälle der Anwendung beſitzen wir ganz anders lautende ſpecielle Interpretationsregeln für jene Ausdrücke (Num. II—IX.). Dieſe ſpeciellen Regeln aber müſſen in den Fällen, worauf ſie ſich beziehen, jenen allgemeinen Regeln ſicherlich vorgehen.

Beylage XIII.

Stricti juris, bonae fidei actiones.

(Zu § 218—220.)

I.

Bevor dieſe Eintheilung der Klagen ſelbſt unterſucht wird, iſt über die Bezeichnung derſelben Folgendes zu bemerken.

Der Name bonae fidei actio iſt ſehr häufig, und die Entſtehung deſſelben wird weiter unten beſonders erklärt werden.

Dagegen iſt der Name strieti juris actio, genau in dieſer Form, ſelten. Die einzige ganz ſichere Stelle dafür iſt die der Inſtitutionen, welche überhaupt am Meiſten Aufſchluß über die ganze Eintheilung giebt.

§ 28 *J. de act.* (4. 6.).

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: *rel.*

Gleich nachher (§ 30 eod.) heißen ſie stricta judicia, und in einer Conſtitution von Juſtinian wird von einer Klage geſagt: ex stipulatu actionem *stricto jure esse vallatam*, et non ex b. f. descendere (a). Marcian nennt

(a) *L. un.* § 2 *C. de rei ux. act.* (5. 13.).

es actio *stricti judicii* (b). Zweifelhaft wegen der Leſeart endlich iſt folgende Stelle des Ulpian.

L. 3 § 2 *commod.* (13. 6.).

In hac actione sicut in ceteris b. f. judiciis ... rei judicandae tempus .. observatur: quamvis *in stricti*, litis contestatae tempus ſpectetur.

Dieſes iſt die Florentiniſche Leſeart, ohne Zweifel fehlerhaft. Käme es darauf an, durch eine Emendation zu helfen, ſo wäre in strictis für in stricti die gelindeſte Veränderung; judiciis ließe ſich aus den vorhergehenden Worten ohne alle Härte hinzu denken, und stricta judicia iſt durch die oben angeführte zweyte Inſtitutionenſtelle völlig beglaubigt. Allein die Vulgata lieſt, noch vollſtändiger, in stricti juris judiciis (c), und bey dieſer Autorität können wir uns völlig beruhigen. Haloanders Leſeart: in strieti juris, iſt zwar auch an ſich befriedigend, es bleibt aber zweifelhaft, ob er dieſe Leſeart in Handſchriften gefunden, oder nur als eine unnöthige Vermittlung zwiſchen der Florentina und der Vulgata verſucht hat.

Der ſeltene Gebrauch jenes Kunſtausdrucks erklärt ſich aus dem Umſtand, daß für dieſelbe Klaſſe von Klagen noch ein anderer Ausdruck vorkommt, nämlich condictio (Beylage XIV.); dieſer iſt außerordentlich häufig, ja er wird überall gebraucht, wo es nicht gerade, wie in den

(b) *L.* 5 § 4 *de in litem jur.* (12. 3.).

(c) So leſen nämlich folgende alte Ausgaben des Dig. vetus: Venet. Jenson s. a., Norimb. Koberger 1483, Venet. 1484, und gewiß eben ſo noch viele andere.

oben angeführten Stellen, darauf ankommt, zwey Arten von actiones einander wörtlich entgegen zu ſetzen, das heißt den Begriff als Glied einer Eintheilung unmittelbar zu bezeichnen.

II.

Um nun den Unterſchied dieſer zwey Arten der Klagen auf eine erſchöpfende Weiſe zu behandeln, iſt es nöthig zwey an ſich verſchiedene Fragen zu beantworten. Die erſte betrifft die praktiſche Bedeutung jenes Unterſchieds, alſo das Intereſſe, welches an die Bezeichnung irgend einer Klage als einer str. j. oder b. f. actio geknüpft iſt. Die zweyte Frage bezieht ſich auf die Gränzſcheidung beider Arten, alſo auf die Beſtimmung, welche Klagen überhaupt zu der einen oder andern Art zu rechnen ſind.

Die Frage nach der praktiſchen Bedeutung des Unterſchieds führt zurück auf den viel allgemeineren Gegenſatz der ſtrengen und freyen Klagen (Syſtem § 218), welcher hier nur in einer einzelnen Anwendung erſcheint, die aber, weil ſie vorzugsweiſe häufig und wichtig war, genauer als andere Anwendungen ausgebildet worden iſt.

Im Allgemeinen nun läßt ſich der Unterſchied dahin beſtimmen, daß dem urtheilenden Richter bey der b. f. actio eine freyere Macht eingeräumt war (a), welche am

(a) *L.* 7 *de neg. gestis* (3. 5.) „quia tantundem in b. f. judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio".

häufigſten durch den Ausdruck officium judicis bezeichnet wird. Es würde unrichtig ſeyn, Dieſes im einſeitigen Intereſſe, ſey es des Klägers oder des Beklagten, aufzufaſſen, nach welcher Annahme man glauben könnte, die eine oder die andere Art der Klagen ſey ausgeſonnen worden, um Eine Partey vor der andern vorzugsweiſe zu begünſtigen. Vielmehr kann man ſagen, daß nach Umſtänden jene freyere Macht bald dem Kläger, bald dem Beklagten zum Vortheil gereichen konnte (b).

III.

Der Kläger konnte aus der freyeren Macht des Richters Vortheil ziehen, indem dieſer angewieſen war, bey Verträgen auch auf alles Dasjenige zu ſprechen, was zwar nicht im Vertrag ausgedrückt, wohl aber bey Verträgen dieſer Art allgemein üblich war, ſo daß man annehmen konnte, die Parteyen hätten es ſtillſchweigend hinzugedacht (a).

(b) Bey jeder b. f actio ſoll der Richter auch für ungewiſſe, erſt in der Zukunft zu erwartende, Verpflichtungen, Cautionen auflegen, und dieſe Vorſorge gilt nach beiden Seiten hin. *L.* 38 *pr. pro socio* (17. 2.) *L.* 41 *de jud.* (5. 1.). — Seneca ſagt zwar, der Erfolg einer guten Sache ſey mehr geſichert bey dem judicium, als bey dem arbitrium, welches auf eine Begünſtigung des Klägers gedeutet werden könnte (Syſtem § 218. d.). Dieſes iſt aber zu verſtehen theils von dem beſchränkteren Gebrauch der Exceptionen in der str. j. actio, theils von dem möglichen Misbrauch, welcher in den b. f. actiones von einer vermeynlichen Billigkeit gemacht werden konnte.

(a) *L.* 31 § 20 *de aed. ed.* (21. 1.) „... ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire."

Die wichtigste Anwendung dieses Grundsatzes besteht darin, daß der Richter nicht blos auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation, sondern auch auf dessen hinzugetretene Erweiterungen (omnis causa) sprechen soll. Insbesondere soll er bey Geldschulden auf Zinsen des Geldes sprechen, von dem Zeitpunkt an, worin der Schuldner vergeblich zur Zahlung aufgefordert worden war (b), welche Zinszahlung bey den stricti juris actiones nicht eintritt (c). Nur für den Zeitraum, worin der Rechtsstreit geführt wird, das heißt von der Litiscontestation an, treten auch diese Klagen mit den b. f. actiones großentheils auf gleiche Linie, so daß für diese Zeit auch bey ihnen die omnis causa mit in das Urtheil aufgenommen wird (d); jedoch auf Geldzinsen ist diese Wirkung der Litiscontestation bey den str. j. actiones nicht auszudehnen (e).

(b) *L.* 32 § 2 *de usuris* (22. 1.) „In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur." *L.* 24 *depos.* (16. 3.) „Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio." Man darf dieses nicht so verstehen, als hätten die Kaiser diesen Satz erfunden; er war nur auch in Rescripten der Kaiser anerkannt und dadurch bestätigt worden.

(c) Dieses liegt schon in dem natürlichen Gegensatz der in der Note b. für die b. f. actiones angeführten Stellen. Die Zinsverpflichtung wird aber auch ausdrücklich bey mehreren str. j. actiones verneint. *L.* 24 *depos.* (16. 3.) bey Geldbarlehen, *L.* 1 *C. de cond ind.* (4. 5.) bey condictio indebiti."

(d) *L.* 2 *L.* 3 § 1 *L.* 10 *L.* 38 § 7 *de usuris* (22. 1.), *L.* 31 *pr. de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2.), *L.* 91 § 7 *de leg.* 1 (30. *un.*), *L.* 8 *de re jud.* (42. 1.), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16.)

(e) Entscheidend hierüber ist Gajus IV. § 52, und *L.* 23 *C. de usuris* (4. 32.). Vgl. Mabai Mora S. 369, Liebe Stipulation S. 52. — Nur scheinbar könnte man darin eine Zurücksetz-

Eben ſo ſollte bey der b. f. actio der verurtheilende Richter jegliches Intereſſe des Klägers in Anſchlag bringen können, auch dasjenige, welches auf ganz individuellen Verhältniſſen deſſelben beruht (Affectionswerth) (f); bey der str. j. actio ſollte das Intereſſe dieſer Art außer Anſchlag bleiben (g).

IV.

Auf der anderen Seite konnte die freyere Macht des Richters auch dem Beklagten zu großem Vortheil gereichen.

Wenn der Anſpruch des Klägers durch Exceptionen ausgeſchloſſen, oder auf eine geringere Summe beſchränkt werden konnte, ſo hatte dieſe der Richter in der str. j. actio nur dann zu berückſichtigen, wenn ſie der Prätor in der formula ausgedrückt hatte; für die b. f. actio galt dieſe Beſchränkung nicht, ſo daß der Richter ſie beachten

ung des Klägers bey Geldſchulden finden wollen, denn für deſſen Intereſſe war durch die sponsio tertiae partis ſehr reichlich geſorgt.

(f) *L.* 54 *pr. Mand.* (17. 1.) „.. placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam."

(g) Dieſer Satz liegt augenſcheinlich in der für die b. f. judicia ausgeſprochenen entgegengeſetzten Regel (Note f). Er iſt aber auch in folgender Stelle unmittelbar anerkannt. *L.* 33 *ad L. Aquil.* (9. 2.) „Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto .. sed quanti omnibus valeret. S. quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi." Nun darf zwar der a. L. Aquiliae der Name stricti juris actio nicht beygelegt werden, aber unter die ſtrengen Klagen gehört ſie eben ſo gut als die, welche jenen Namen führen, und die Regel der Beurtheilung war für den Richter völlig dieſelbe. Alles Dieſes wird weiter unten dargethan werden.

durfte und ſollte, auch wenn erſt während des Prozeſſes der Beklagte das Daſeyn der Exception, z. B. den von dem Gegner verübten Betrug, entdeckt hatte (a). — Eine wichtige Anwendung dieſes Satzes war es, daß in den b. f. actiones die Compenſation zur Anwendung kam, auch wenn ſie nicht in der formula erwähnt war (b). In der

(a) *L.* 3 *de rescind vend.* (18. 5.) „.. bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt." *L.* 21 *sol. matr.* (24. 3.) „.. cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis".. *L.* 84 § 5 *de leg.* 1 (30. un.) „.. quia hoc judicium fidei bonae est, et continet in se doli mali exceptionem." Am ausführlichſten wird dieſe Regel dargeſtellt in *L.* 7 § 5. 6 *de pactis* (2. 14.). In dieſen Stellen iſt ausdrücklich nur von der doli und pacti exceptio die Rede, und man könnte dadurch verleitet werden, die aufgeſtellte Regel auf die aus dem jus gentium entſpringenden Exceptionen zu beſchränken, ſo daß diejenigen davon ausgeſchloſſen wären, welche einen mehr poſitiven Urſprung haben, wie rei judicatae, Sc. Vellejani exceptio u. ſ. w. Allein dieſer Beſchränkung widerſpricht die andere Regel, nach welcher jede Exception zugleich die doli exceptio in ſich ſchließt, indem der Kläger wenigſtens „nunc petendo facit dolose." *L.* 2 § 5 *de doli exc.* (44. 4.), vgl. *L.* 36 *de V. O.* (45. 1.) Darauf geht die Formel der doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo factum sit, *neque fiat.* Gajus IV. § 119. Der vollſtändige Zuſammenhang iſt nun ſo zu denken. Die Beachtung der doli exceptio war dem arbiter durch die Worte ex fide bona unmittelbar aufgetragen. Um nun auch die übrigen Exceptionen mit herein zu ziehen, ſtellte man die Regel auf, daß die Klage ſelbſt einen dolus in ſich ſchließe, wenn ſie angeſtellt werde, ungeachtet ihr irgend eine Exception entgegen ſtehe.

(b) Gajus IV. § 61. 63, § 30 *J. de act.* (4. 6.), *L.* 18 § 4 *commod.* (13. 6.). — Es iſt Dieſes jedoch keine einfache, reine Anwendung der vorher aufgeſtellten Prozeßregel, vielmehr tritt dabey ein neues, erſt allmälig ausgebildetes, materielles Rechtsprincip hinzu. Dieſes zeigt ſich ganz deutlich darin, daß zur Zeit des Gajus die Compenſation nur ex eadem causa, alſo auf höchſt beſchränkte Weiſe, gelten ſoll, welche Beſchränkung im Juſtinianiſchen Recht gewiß nicht mehr behauptet werden kann. Vgl. Band 1. § 45. d.

str. j. actio ſollte ſie früher gar nicht gelten; Marc Aurel ließ ſie zu, wenn ſie in die formula als Exception aufgenommen war. Juſtinian dehnte ſie auch auf alle übrige Arten der Klagen aus (c). — Eine andere Anwendung zeigte ſich darin, daß unſittliche Anſprüche bey der str. j. actio nur durch eine ausdrücklich gegebene Exception ausgeſchloſſen wurden (d), anſtatt daß die b. f. actio ſchon an ſich ſelbſt zu einer Verurtheilung dieſes Inhalts nicht führen konnte (e). — Eben ſo iſt das Retentionsrecht eine bloße Anwendung der doli exceptio, und es bedurfte daher bey den Retentionen gegen die rei uxoriae actio keiner ausdrücklichen Inſtruction des Prätors.

War die Klage darauf gegründet, daß ſich der Beklagte einer Culpa ſchuldig gemacht habe, ſo trat in der b. f. actio eine mildere Beurtheilung ein, inſofern von einem ſolchen Geſchäft die Rede war, aus welchem der Beklagte keinen Vortheil für ſich zu erwarten hatte (f).

V.

Die freyere Macht des Juder, die hier als das Un-

(c) § 30 *J. de act.* (4. 6.).

(d) *L.* 8 *de cond. ob turpem* (12. 5.) „Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eam possis"...

(e) *L.* 5 *de usuris* (22. 1.) „Generaliter observari convenit, bonae fidei judicia non recipere praestationem quae contra bonos mores desideretur."

(f) *L.* 108 § 12 *de leg.* 1 (30. un.) „.. sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur." Vgl. *L.* 5 § 2 *commod.* (13. 6.).

terſcheidende der bonae fidei actio dargeſtellt worden iſt, hat nicht überall dieſelbe Natur. In den meiſten Anwendungen bezieht ſie ſich auf die feſt beſtimmten Rechte der Parteyen, woran auch der Prätor im einzelnen Rechtsſtreit Nichts ändern konnte; ſo verhält es ſich mit den nur in der b. f. actio geltenden Verzugszinſen (III. b.); eben ſo mit der milderen Beurtheilung der Culpa (IV. f.). In Einer Anwendung dagegen (IV. a.) bezieht ſie ſich lediglich auf das Verhältniß des Judex zum Prätor, alſo auf die mehr oder minder buchſtäbliche Befolgung der vorgeſchriebenen formula, wozu der Judex verpflichtet ſeyn ſollte.

Dieſe freyere oder beſchränktere Macht aber ſtand hier, ſo wie bey allen ſtrengen oder freyen Klagen überhaupt (Syſtem §. 218), im Zuſammenhang mit der perſönlichen Beſchaffenheit des urtheilenden Richters, indem dieſer für die str. j. actio nur aus dem album der judices genommen werden durfte, welche Beſchränkung für den arbiter in der b. f. actio wegfiel. Offenbar lag nun darin ein größeres Vertrauen, welches dem arbiter der b. f. actio gewährt wurde. Jedoch würde es unrichtig ſeyn, dieſes Vertrauen auf eine allgemeine, klaſſenweiſe eintretende, Vermuthung größerer Zuverläſſigkeit zurückführen zu wollen, da es ja widerſinnig geweſen wäre, die Einſicht oder Redlichkeit eines Richters blos deswegen geringer zu ſchätzen, weil ſein Name im album der judices ſtand. Vielmehr ſcheint jenes größere Vertrauen daraus erklärt werden zu müſſen,

daß beide Parteyen auf die Wahl des arbiter einen mehr unmittelbaren und poſitiven Einfluß ausübten, als auf die Wahl des judex der str. j. actio, ſo daß der arbiter ganz eigentlich als der Mann ihrer Wahl angeſehen werden konnte, deſſen freyere Macht daher beiden Theilen als ungefährlich erſcheinen mußte (Syſtem § 218. f).

VI.

Die zweyte oben aufgeworfene Frage (Num. II.) betrifft die Klagen, welche unter die eine oder die andere jener beiden Klaſſen zu rechnen ſind.

Der Grundfehler, welcher von jeher eine klare Einſicht in dieſe Begriffe verhindert hat, beſtand darin, daß die Eintheilung meiſt für eine allgemeine, alle Klagen überhaupt umfaſſende, gehalten wurde, da ſie doch nur auf die Klagen eines gewiſſen engeren Gebietes zu beſchränken iſt (Syſtem § 218). Sie geht nämlich:

1) nur auf die ordinaria judicia;

2) unter dieſen nur auf Civilklagen;

3) unter dieſen nur auf Klagen in personam;

4) unter dieſen nur auf Klagen aus Contracten oder contractähnlichen Verhältniſſen (§ 218. i); mit anderen Worten auf Klagen aus Rechtsgeſchäften, nicht aus Delicten.

Auf irgend eine engere Beſchränkung des Gegenſatzes deutet ſchon der Eingang der Inſtitutionenſtelle:

§ 28. *J. de act.* (4. 6.) „Actionum autem *quaedam* bonae fidei sunt, *quaedam* stricti juris . . .

besonders wenn man diese Stelle mit einer vorhergehenden vergleicht:

§ 1 *J. eod.* „*Omnium actionum*, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque quaeritur, *summa divisio* in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam."

Der eigentliche Beweis aber muß geführt werden in Beziehung auf die Klassen von Klagen, die nach meiner Behauptung aus jener Eintheilung gänzlich heraus fallen, und die ich nun der Reihe nach durchgehen will.

Es fallen also zuerst aus die civilen Delictsklagen, die überhaupt nicht in großer Anzahl vorkommen; namentlich furti und Legis Aquiliae actio. In dem Verzeichniß der bonae fidei actiones kommen sie nicht vor, daß sie aber auch nicht den Namen von stricti juris actiones führten, kann erst weiter unten, bey den Condictionen, dargethan werden.

Es fallen ferner aus alle in rem actiones. Der Beweis liegt in folgenden Stellen.

a) *L.* 5 *pr.* § 4 *de in litem jur.* (12. 3.).

„In actionibus *in rem*, et in ad exhibendum, *et in bonae fidei judiciis*, in litem juratur. . . . Plane interdum *et in actione stricti judicii* in litem jurandum est."

Hier werden offenbar sämmtliche in rem actiones so

wohl den b. f., als den str. j. actiones, dem Begriff nach, völlig entgegen geſetzt, und nur in ihrer Beziehung auf den Eid mehr oder weniger gleich geſtellt.

b) § 30 *J. de act.* (4. 6.). Der Gedankengang iſt dieſer. Die Compenſation ſollte zuerſt nur beachtet werden bey den b. f. judiciis, bey dieſen aber allgemein. Dann hat ſie Marc Aurel auf die stricta judicia vermittelſt der doli exceptio ausgedehnt. Endlich hat Juſtinian ihre Anwendung faſt ganz allgemein gemacht: „ut actiones ipso jure minuant *sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque:* excepta sola depositi actione." — Der Sinn dieſer Stelle iſt ſo zu ergänzen. Früher waren von der Compenſation ausgeſchloſſen alle in rem actiones, und vielleicht noch manche andere. Jetzt gilt ſie allgemein, ohne Unterſchied der in rem und in personam actio, und auch bey den übrigen bisher etwa ausgeſchloſſenen Klagen.

c) § 31 *J. de act.* (4. 6.). Nachdem hier der Begriff der arbitraria actio aufgeſtellt iſt, fährt die Stelle ſo fort: „Sed *istae quidem actiones*, tam in rem, quam in personam inveniuntur," mit ſichtbarer Hindeutung auf die unmittelbar vorher abgehandelten b. f. und stricti juris actiones, unter welchen keine in rem actiones zu finden waren.

Dann fallen noch ferner aus alle prätoriſche Klagen. Dieſes hängt damit zuſammen, daß der Character der b. f. actio ausgedrückt wurde durch den in die Intentio eingerückten Zuſatz ex fide bona, welcher aber nur bey der Intentio in jus concepta Sinn und Zweck hatte, als Mit-

derung des ſtreng lautenden dare facere *oportet*, nicht bey der Intentio in factum concepta, ſo wie es alle prätoriſche Klagen ohne Ausnahme waren (a). Eine ſcheinbare Einwendung gegen dieſe Behauptung könnte auf eine Stelle der Digeſten gegründet werden, nach welcher bey einer prätoriſchen Klage, die alſo in factum war, dennoch der bona fides Erwähnung geſchehen konnte (b). Allein dieſe

(a) Sehr anſchaulich wird dieſes aus der doppelten formula der depositi actio bey GAJUS IV. § 47. Die in jus heißt: Quidquid dare facere *oportet ex fide bona*, und hier erſcheint der Zuſatz als Modification des anſonſt unbedingten oportet. Dagegen heißt die in factum: Si paret Agerium mensam argenteam deposuisse, und bey dieſer reinen Thatſache hätte die Modification ex fide bona gar keinen Sinn gehabt, wie ſie denn in der That dabey nicht ausgedrückt iſt. In der Macht des Richters ſollte darum für dieſe beiden Formeln kein Unterſchied ſeyn; die wörtliche Vorſorge aber wurde nur neben dem gefährlichen Wort oportere nöthig gefunden. Dasjenige nun, was hier ausnahmsweiſe bey einigen wenigen Civilklagen galt, war bey den prätoriſchen Klagen (die insgeſammt in factum concipirt waren) als allgemeine Regel zu betrachten, ohne daß in jenen oder dieſen Fällen die freye Macht des urtheilenden arbiter durch den Zuſatz ex fide bona in der Formel geſichert zu werden brauchte.

(b) *L.* 11 § 1 *de dolo* (4. 3.). Die actio de dolo, ſagt Ulpian, ſoll nicht gegeben werden den Kindern gegen die Eltern, dem Freygelaſſenen gegen ſeinen Patron u. ſ. w. „Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, *ut bonae fidei mentio fiat.*" Das heißt: die Intentio ſoll nicht, wie gewöhnlich ſo lauten: Si paret, *dolo malo* Negidii factum esse rel. Wie ſie nun vielmehr gefaßt werden konnte, ſagt uns, übereinſtimmend mit Ulpian, CICERO ad Att. VI. 1 med. „si ita negotium gestum est *ut eo stari non oporteat ex fide bona,*" oder in anderen ähnlichen Worten, wodurch nur der Begriff des dolus bezeichnet, und doch der Ausdruck umgangen wurde. (Vgl. HEFFTER observ. in Gaji Comm. IV. p. 79). Die Worte ex fide bona dienten nun zur Characteriſtik der bloßen Thatſache, wie denn auch das daneben ſtehende opoteat einen blos factiſchen Sinn hat, nicht den ſtreng juriſtiſchen, wie in der Intentio in jus concepta.

Erwähnung ist von der die b. f. actiones characterisirenden Clausel wesentlich verschieden, indem sie nur dazu dienen sollte, das schimpfliche Wort dolus zu umgehen, ohne doch dem Sinn Etwas zu vergeben. Es gehörte also hier die bona fides zur näheren Bestimmung der Thatsache der Intentio in factum concepta, nicht zur Milderung des strengen oportere, so daß die hier angeführte Klage mit dem eigenthümlichen Begriff der bonae fidei actio Nichts gemein hat, als den Gebrauch des Ausdrucks bona fides.

Endlich fallen aus jener Eintheilung heraus die extraordinariae actiones, und diese Behauptung wird wohl am Wenigsten Widerspruch finden, da bey denselben überhaupt kein Judex vorkam, dessen Stellung doch bey jener Eintheilung das wichtigste Moment war.

VII.

Bey den zahlreichen Klagen, die hier von der Bezeichnung als str. j. oder b. f. actiones ausgeschlossen worden sind, muß darum nicht weniger untersucht werden, ob sie sich in ihrer Natur und gerichtlichen Behandlung der einen oder der andern Art annäherten. Denn der Gegensatz der strengen und freyen Klagen ist in der That ein allgemeiner, und in ihm muß daher auch jeder der oben ausgeschlossenen Klagen ihre bestimmte Stelle angewiesen werden. Es ist also für alle Arten der ausgeschlossenen Klagen die Frage zu beantworten, ob sie von einem judex oder einem arbiter entschieden wurden, und hiernach wird

es ſich zugleich richten müſſen, ob die freyere Macht des Richters, die hier für die b. f. actiones nachgewieſen worden iſt, auch bey ihnen eintrat oder nicht. Hieraus ergiebt es ſich aber, daß die hier durchgeführte engere Begränzung jener Eintheilung, alſo auch die Ausſchließung ſo vieler Klagen von derſelben, mehr eine terminologiſche als eine reale Bedeutung hat.

VIII.

Die civilen Delictsklagen halte ich für ſtrenge Klagen, oder eigentliche judicia. Ich ſchließe Dieſes erſtlich daraus, daß ihre Intentio auf damnum decidere oportere gerichtet war (a), alſo überhaupt auf ein oportere, und zwar ohne hinzugefügte Milderung, genau ſo wie die str. j. actiones. Von der actio L. Aquiliae insbeſondere wiſſen wir, daß bey ihr der Affectionswerth nicht gefordert werden konnte (Num. III. g), daß ſie alſo hierin anders behandelt wurde, als die b. f. actiones; hierin mag eine einzelne Beſtätigung der aufgeſtellten allgemeinen Anſicht gefunden werden. Von großer Erheblichkeit war wohl die ſtrenge Natur dieſer Klagen nicht, weil die meiſten Verhältniſſe, die einen praktiſch wichtigen Unterſchied zwiſchen den str. j. und b. f. actiones mit ſich führten (Num. III. IV.), bey ihnen ſeltner zur Sprache kommen konnten.

Die hier aufgeſtellte Regel mußte alſo gelten für folgende Klagen: actio furti nec manifesti, oblati, con-

(a) Gajus IV. § 37. 45.

cepti (b), de tigno juncto (c), arborum furtim caesarum (d), Legis Aquiliae, injuriarum ex Lege Cornelia (e). Bey weitem die meiſten Delictsklagen gehören nicht dahin, weil ſie prätoriſche Klagen waren: Dieſes gilt namentlich von der äſtimatoriſchen Injurienklage und von der actio furti manifesti (f). Auf alle dieſe Klagen alſo war zwar der Name stricti juris actio nicht eigentlich anwendbar, allein ſie wurden ohne Zweifel nach der Analogie der für dieſe aufgeſtellten Regeln beurtheilt (g).

IX.

Von den civilen in rem actiones muß im Allgemeinen behauptet werden, daß ſie freye Klagen oder arbitria waren, und daher ganz nach Art der b. f. actiones behandelt wurden, obgleich dieſer Name freylich ihnen nicht beygelegt werden darf.

Ich fange an mit dem Eigenthum. Aus dieſem konnte, zur Zeit des ausgebildeten Formularprozeſſes, in drey verſchiedenen Formen geklagt werden: mit einer Sacramenti Legis actio vor den Centumvirn, per sponsionem, und durch eine petitoria formula (a). Die erſte Form wurde

(b) Gajus III. § 190. 191.
(c) Digest. XLVII. 3.
(d) Digest. XLVII. 7.
(e) *L.* 5 *L.* 37 § 1 *de injur.* (47. 10.), § 8 *J. eod.* (4. 4.).
(f) Gajus IV. § 189.
(g) So hatte Marc Aurel die Anwendung der Compenſation auf die stricti juris actiones (vermittelſt einer doli exceptio) geſtattet (Num. IV. c). Daß nun dieſe Anwendung, ſchon zur Zeit der alten Juriſten, auch bey den Delictsklagen gemacht wurde, zeigt *L.* 10 § 2 *de compens.* (16. 2.).
(a) Gajus IV. § 91—95.

wahrſcheinlich durch den höheren Werth des Gegenſtandes mit Nothwendigkeit herbeygeführt, zwiſchen den Zwey letzten Formen hatte wahrſcheinlich der Kläger die Wahl.

Die Centumviralklage nun fällt gar nicht in das Gebiet unſrer Frage, da ſie ganz außer dem ordo judiciorum lag (Syſtem § 213). Wie ſtreng oder frey die Behandlung war, muß aus Mangel an Nachrichten dahin geſtellt bleiben. Im Juſtinianiſchen Recht iſt davon keine Spur mehr übrig. — Die Sponſionsklage war gar nicht in rem; vielmehr wurde hier durch eine erzwungene Stipulation der Streit zwiſchen dem Eigenthümer und dem Beſitzer künſtlicherweiſe in ein Contractsverhältniß verwandelt, und nun war freylich die Klage aus dieſer Stipulation eine stricti juris actio, die allerdings im letzten Reſultat die Entſcheidung über das ſtreitige Eigenthum herbeyführte. — Die petitoria formula alſo war die einzige, aus dem Eigenthum entſpringende, reine in rem actio; ſie iſt die Klage, welche wir in unſren Rechtsquellen als rei vindicatio vorfinden. Dieſe nun war eine freye Klage, ein arbitrium, worin der arbiter völlig eben ſo freye Hand hatte, wie in einer bonae fidei actio. Es zeigt ſich dieſe freye Macht zuerſt darin, daß der Richter den Kläger abzuweiſen hatte, wenn der Beklagte nicht beſaß, obgleich davon Nichts in der formula ſtand (b). Sie zeigt ſich

(b) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.). *„Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat." Daß davon Nichts in der Formel ſtand, folgt nicht blos aus dieſen Worten ſelbſt, ſondern es erhellt auch unmittelbar aus den vorhan-

aber auch in dem möglichen Umfang der Verurtheilung, der ganz eben ſo ausgedehnt war, wie in irgend einer b. f. actio (c).

Die Servituten waren, eben ſo wie das Eigenthum, durch eine petitoria formula geſchützt, und die confessoria actio iſt in der That dieſe Klage. Dabey nun wird das völlig freye officium judicis gleichfalls bezeugt (d).

Das Erbrecht wurde in denſelben Drey Klagformen geſchützt, wie das Eigenthum. Die Sacramenti Legis actio und die Sponſionsklage werden von Cicero erwähnt (e). Die petitoria formula iſt hier die Klage, welche in Juſtinians Rechtsbüchern als hereditatis petitio bezeichnet wird. Hier nun gieng das officium judicis gleichfalls auf Unterſuchung des Beſitzes des Beklagten (f); eben ſo war der arbiter angewieſen, manche Exceptionen zu berückſichtigen, auch wenn ſie nicht in der Formel ausgedrückt waren (g). Sie hatte alſo eine eben ſo freye Natur, wie die b. f. actiones. Juſtinian ſagt, es ſey darüber geſtritten worden,

benen Formeln. Gajus IV. § 92. Cicero in Verrem II. 12. (Vgl. Syſtem § 209. c).

(c) *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.), *L.* 91 *pr. de V. O.* (45. 1.). „ .. in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor ... "; bey der Klage aus der Stipulation gelte dieſe Verpflichtung nicht.

(d) *L.* 7 *si servitus* (8. 5.).

(e) Cicero in Verrem I. 45. Da er die petitoria formula daneben nicht erwähnt, ſo möchte man annehmen, dieſe ſey hier erſt ſpäter anerkannt worden.

(f) *L.* 10 § 1 *de her. pet.* (5. 3.).

(g) *L.* 58 *de her. pet.* (5. 3.). „ ... Respondi, et *si non exciperetur*, satis *per officium judicis* consuli." Es iſt hier die doli exceptio gemeynt, vgl. oben Num. IV. a.

ob ſie ſelbſt eine b. f. actio ſey, und er ſpricht ihr dieſen Character zu (h). Welche Bedeutung der von ihm erwähnte frühere Streit hatte, wiſſen wir nicht, und die Beylegung des Namens einer b. f. actio müſſen wir nach der Analogie anderer Klagen für unpaſſend halten. Vielleicht iſt jener Streit und dieſe Benennung darauf zu beziehen, daß die hereditatis petitio, verglichen mit anderen in rem actiones, eine eigenthümliche Natur durch die beſchränktere Beſchaffenheit der Perſon des Beklagten hat (Syſtem § 208. k), wodurch ſie einige Ähnlichkeit mit den Klagen in personam bekommt. Es kommt hinzu, daß die perſönlichen Leiſtungen, die in allen Klagen in rem neben dem Hauptgegenſtand vorkommen können, bey dieſer Klage ausgedehnter zu ſeyn pflegen als bey anderen, namentlich als bey der Eigenthumsklage, weshalb ſie auch einmal geradezu eine mixta personalis actio genannt wird (i), obgleich jener blos factiſche und relative Unterſchied den eigentlichen Character der Klage nicht ändern kann. Ganz beſonders aber tritt der Umſtand hinzu, daß nach dem Senatusconſult vom J. Chriſti 129 dieſe Klage ſehr häufig Statt finden konnte, obgleich alle Erbſchaftsſachen bereits veräußert, oder auch durch pro herede usucapio in das Eigenthum des Beſitzers übergegangen waren (k), in wel-

(h) *L.* 12 § 3 *C. de pet. her.* (3. 31.), § 28 *J. de act.* (4. 6.).
(i) *L.* 7 *C. de pet. her.* (3. 31.).
(k) *L.* 20 § 6 *de her. pet.* (5. 3.), Gajus II. §. 57.

chen Fällen freylich nur noch mit Hülfe von Fictionen die Klage als eine in rem actio angesehen werden konnte.

Unter den in rem actiones, welche ein Familienverhältniß zum Gegenstand haben, ist nur allein das liberale judicium eine Civilklage; bey den übrigen, welche prätorische Klagen sind, kann die hier verhandelte Frage gar nicht vorkommen (§ 216. a). Das liberale judicium nun scheint vorzugsweise vor dem Centumviralgericht verhandelt worden zu seyn; vor einem einzelnen Richter verhandelt, möchte es wohl ein strenges judicium gewesen seyn.

X.

Die sehr zahlreichen honorariae actiones waren ohne Zweifel insgesammt freye Klagen oder arbitria, so gut als die bonae fidei judicia. Sie führen nicht diesen Namen, weil sich bey ihnen die freye Behandlung von selbst verstand, und nicht erst durch die Clausel ex fide bona gesichert zu werden brauchte (Num. VI.).

Was endlich die extraordinariae actiones betrifft, so ist nicht zu zweifeln, daß in ihnen dieselbe Freyheit der Beurtheilung galt, wie in den b. f. actiones. Wenigstens von einer Beschränkung der Macht des Judex konnte bey ihnen unmöglich die Rede seyn, da hier die richterliche Obrigkeit selbst die Function des Judex übernahm.

XI.

Ist nun bisher der gemeinschaftliche Umfang der stricti

juris und bonae fidei actiones nach außen hin, im Verhältniß zu den ihnen fremden Klagen, begränzt worden (Num. VI — X.), ſo bleibt jetzt noch übrig unter ihnen ſelbſt die rechte Gränze zu ziehen, alſo zu beſtimmen, welche einzelne Klagen unter die eine, welche unter die andere dieſer beiden Klaſſen gehörten.

Für die stricti juris actiones oder condictiones kann dieſe Beſtimmung hier nur vorläufig, und in einer allgemeinen Überſicht, verſucht werden, die genauere Unterſuchung ſelbſt muß der beſonderen Abhandlung über die Condictionen (Beylage XIV.) vorbehalten bleiben.

Die Fälle, in welchen dieſelben zur Anwendung kamen, laſſen ſich auf Drey Klaſſen zurück führen: Datum, expensum latum, stipulatum (a).

Unter das Datum gehört zuerſt das Darlehen; dann aber auch viele andere Thatſachen, welche einer andern Perſon Stücke unſres Vermögens irrigerweiſe, ohne wahren Rechtsgrund, zuführen. Hieraus entſpringen die condictio inde-

(a) Cicero pro Roscio Com. C. 5. „Pecunia petita est certa ... Haec pecunia necesse est, *aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*" Vorher (C. 4) wird geſagt: „Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat: reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio." — *L.* 9 § 3 *de R. C.* (12. 1.). „ .. ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, *sive re* fuerit contractus factus, *sive verbis*, sive conjunctim".. Es iſt ausgelaſſen sive litteris, weil dieſe Form des Vertrags zu Juſtinians Zeit verſchwunden war. — Allerdings ſprechen beide angeführte Stellen nur von der *certi* condictio, die auf eine beſtimmte Summe in baarem Geld gieng; allein die ausſchließende Beſchaffenheit der drey Entſtehungsgründe war allen str. j. actiones gemein.

biti, sine causa, ob causam datorum, ob turpem vel injustam causam, furtiva, welche alle unzweifelhaft unter die str. j. actiones gehören.

Expensum latum iſt der alte Literalcontract, deſſen ſtreng wirkende Natur keinem Zweifel unterworfen iſt.

Das Stipulatum endlich, als gleichfalls unzweifelhafter Entſtehungsgrund von stricti juris Klagen, iſt unter allen dieſen Fällen der wichtigſte. Schon hier aber iſt es nöthig, auf zwey, an ſich verſchiedene, Beziehungen der Stipulation aufmerkſam zu machen. Sie war nämlich erſtens Entſtehungsgrund von stricti juris actiones, und dieſe Beziehung hat ihre gegenwärtige Erwähnung veranlaßt. Sie war aber auch zweytens die einzige, im Römiſchen Recht enthaltene, ganz allgemeine Vertragsform, wodurch jeder beliebige Inhalt die Natur einer klagbaren Obligation erhalten konnte, und dieſe ihre wichtige Eigenſchaft wäre an ſich auch mit einer aus ihr entſpringenden b. f. actio vereinbar geweſen; von dieſer Bemerkung wird ſogleich noch weiterer Gebrauch gemacht werden. — Durch dieſe zweyte Beziehung unterſchied ſich die Stipulation von allen anderen Verträgen; der Kauf z. B., die Societät, das Mandat u. ſ. w. haben ſtets nur einen einzelnen Zweck und Inhalt: die expensilatio aber, obgleich durch die Unbeſtimmtheit der Zwecke mit der Stipulation verwandt, war wenigſtens darin beſchränkter, daß ſie nur auf Geſchäfte in Geld angewendet werden konnte, nicht auf Sachen anderer Art, noch auf Arbeit.

Der ausgedehnte und mannichfaltige Gebrauch der Stipulation zur Begründung privatrechtlicher Ansprüche, die außerdem gar nicht vorhanden gewesen wären, zeigt sich sehr deutlich in folgender merkwürdigen Erzählung. Im Jahr der Stadt 512 erfochten die Römer einen großen Sieg über die Flotte der Karthager, weshalb dem Consul Lutatius der Triumph gestattet wurde. Der Prätor Valerius behauptete, daß Er das größere Verdienst bey der Schlacht gehabt habe, und um darüber einen Richterspruch zu erhalten, veranlaßte er den Consul zu einer Sponsion, worauf ein gewöhnlicher Judex über die Streitfrage entschied (b).

Diese dreyerley Entstehungsgründe der str. j. actiones lassen sich wiederum auf ein einfaches Princip zurück führen, welches erst in der nachfolgenden Abhandlung von den Condictionen gezeigt werden kann.

XII.

Für die Anwendung der b. f. actiones finden wir kein allgemeines Princip aufgestellt, wohl aber ein Verzeichniß

(b) Valer. Max. II. 8. 2. Ohne Zweifel war die Sponsion auf eine Geldsumme gerichtet, wahrscheinlich nur zum Schein, also insofern ähnlich einer sponsio praejudicialis (wie bey Gajus IV. § 94.). Es kam nur auf einen Ausspruch über den Ehrenpunkt an. — Wir drücken dieses Verfahren, hier wie bey den gerichtlichen Sponsionen, gewöhnlich als eine Wette aus, und das war auch jede gegenseitige Stipulation (sponsio mit restipulatio) allerdings; allein das juristische Wesen solcher Wetten bestand doch

in den Institutionen (a), welches offenbar nicht blos Beyspiele angeben, sondern die Fälle selbst vollständig aufzählen will. Cicero giebt mehrere, damit fast ganz übereinstimmende, Beyspiele an (b). Die entsprechende Stelle des Gajus enthielt auch ein vollständiges Verzeichniß, sie ist aber lückenhaft geblieben, und außerdem durch Schreibfehler entstellt (c). Alle an diesen Orten vorkommende Fälle halten sich in den, für die b. f. actiones oben angegebenen Gränzen (Num. VI.). Die in den Institutionen vorkommenden Fälle lauten so:

§ 28. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum (d), mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo (e), prae-

immer in den dazu angewendeten Stipulationen.

(a) § 28. 29 *J. de act.* (4. 6.).

(b) Cicero top. C. 17, de officiis III. C. 15. 17, de natura deorum III. 30, in welcher letzten Stelle sehr fein unterschieden werden die judicia de fide *mala* (welche infamiren wie tutelae u. s. w.), und reliqua quae *contra* fidem fiunt (wie emti u. s. w.)

(c) Gajus IV. § 62.

(d) In dieser Klage ist nun zugleich mit begriffen die funeraria actio, die sich ja von ihr überhaupt nur durch eine noch ausgedehntere Macht des Juder unterscheidet. *L.* 14 § 13 *de relig.* (11. 7.).

(e) Man hat geglaubt, Dieses habe zur Zeit des Gajus noch nicht gelten können, wegen der strengen Formel: quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (IV. § 42.). Vgl. Hetter observ. in Gajum Comm. IV. Allein daneben konnte noch sehr wohl stehen: quidquid dare facere oportet ex fide bona, condemnato. Schon Julian erklärt jene Klage für eine b. f. actio. *L.* 24 *pr. comm. div.* (10. 3.). Die Zeugnisse des Ulpian und Paulus (L. 4 § 2 L. 14 § 1 eod.) würden in dieser Hinsicht allerdings Nichts beweisen. — Die actio finium regundorum scheint nicht aus Versehen, sondern absichtlich übergangen, und der Grund möchte wohl darin liegen,

scriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit (f), et hereditatis petitio (g). Im § 29 wird noch hinzugefügt die actio rei uxoriae, an deren Stelle jetzt eine actio ex stipulatu, gleichfalls als b. f. actio, geſetzt worden ſey.

daß ſie im älteren Recht überhaupt keine gewöhnliche actio, ſondern ein ganz eigenthümliches, den Agrimenſoren zuſtehendes, arbitrium war, wobey übrigens ein ähnlich freyes Ermeſſen wie bey einer b. f. actio gelten mochte. Manche ſetzen den Grund darin, daß dieſe Klage quasi ex maleficio geweſen ſey (Marezoll bey Linde X. S. 290.), was jedoch nicht richtig ſcheint; denn daß der Richter auch auf zufällig verübten dolus dabey Rückſicht nehmen ſoll, iſt nichts Beſonderes, da es auch bey den zwey anderen Theilungsklagen gilt; eigentlicher Klagegrund iſt hier der dolus niemals.

(f) Manche haben angenommen, nur dieſe zwey Fälle der actio praescriptis verbis ſeyen b. f., weil nur ſie hier genannt ſeyen; es iſt jedoch kaum denkbar, daß irgend ein anderer Fall derſelben, ſo wie ſie in *L.* 5 *praescript. verbis* (19. 5.) zuſammengeſtellt ſind, stricti juris ſeyn ſollte. Namentlich ſteht damit ganz im Widerſpruch die ſehr allgemeine Äußerung Ulpians in *L.* 1 *pr. de aestim.* (19. 3.) „quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, ... dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: *est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare* omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus." Eben ſo entſcheidend iſt folgender Umſtand. Die Klage gegen Den, cui rem inspiciendam dedi, geht nur auf dolus, nicht auf culpa, wenn er von dem Geſchäft keinen Vortheil hat. *L.* 17 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.), *L.* 10 § 1 *L.* 12 *pr. commod.* (13. 6.). Gerade Dieſes aber iſt eine Eigenthümlichkeit der b. f. contractus. *L.* 108 § 12 *de leg.* 1. (30 un.). Im Sinn Juſtinians ſind daher jene zwey Fälle augenſcheinlich blos Beyſpiele; vielleicht hatte der alte Juriſt, von welchem ſie herrühren, ſie ſchon eben ſo gemeynt: vielleicht waren es aber auch zu ſeiner Zeit erſt die einzigen anerkannten Fälle überhaupt, worin eine actio praescriptis verbis gelten ſollte; ganz gewiß hat er nicht ſagen wollen, dieſe Klage gelte auch in den übrigen Fällen aber als stricti juris actio, ſondern wenn er die beiden Fälle in einem ausſchließenden Sinn erwähnte, ſo wollte er für die übrigen Fälle jede Civilklage verneinen.

(g) Vgl. oben Num. IX.

Cicero und Gajus fügen noch übereinstimmend hinzu die actio fiduciae (h), die mit der Mancipation in Verbindung ſtand, und deshalb zu Juſtinians Zeit gänzlich verſchwunden war. — In den Juſtitutionen hätten noch hinzugefügt werden müſſen die Klagen aus dem emphyteuticarius contractus; denn da dieſer blos deswegen für einen eigenen Contract erklärt wurde, weil gezweifelt wurde, ob der Begriff der emtio oder der conductio auf ein ſolches Geſchäft anwendbar ſey, ſo konnte er nicht weniger, als dieſe beide Contracte, bonae fidei ſeyn. Er mag wohl deshalb nicht genannt ſeyn, weil zu der Zeit des K. Zeno, der ihn einführte (i), die Unterſcheidung der b. f. actiones weniger wichtig war als früher, oder auch weil man ſich damit begnügte, die bey einem alten Juriſten zuſammengeſtellten Contractsklagen abzuſchreiben.

Das hier aufgeſtellte ausſchließende Verzeichniß der b. f. actiones beruhte nicht auf Willkühr; es enthielt alle diejenigen Rechtsverhältniſſe, welche, nach der Erfahrung, auf Treue und Glauben gegründet zu werden pflegten, ohne daß man die Vorſicht ſtrenger Rechtsformen anzuwenden für nöthig hielt. Es war alſo damit ſo gemeynt, daß man in allen anderen, etwa ſeltner vorkommenden,

(h) Cicero de officiis III. 15. 17, ad familiares VII. 12, Gajus IV. § 62. Vgl. Beylage XIV, Num. V. — Daher gab es denn auch eine contraria fiduciae actio. Paulus II. 13 § 7.

(i) *L.* 1 *C. de j. emphyt.* (4. 66.).

Verhältniſſen, die Form der Stipulation anwenden, ſonſt aber gar nicht durch Klage geſchützt ſeyn ſollte.

XIII.

Das Verhältniß dieſer beiden Arten der Klagen zu einander ſcheint man gewöhnlich ſo zu denken, als ob die str. j. actiones exceptionelle oder privilegirte Klagen geweſen wären, wodurch man dem Kläger in manchen Fällen einen ſtrengeren Schutz gewährt hätte, in ähnlicher Weiſe etwa wie es bey uns mit der Wechſelklage unzweifelhaft geſchieht. Dieſe Anſicht aber muß ſchon deswegen verworfen werden, weil bey dieſer Art der Klagen Vortheile und Nachtheile des Klägers ſehr gemiſcht waren (Num. II — IV.). Ferner wird dieſe Anſicht auch widerlegt durch die Faſſung der angeführten Inſtitutionenſtelle. In dieſer werden die Fälle der str. j. actiones gar nicht angegeben, wohl aber die der b. f., und zwar dieſe nicht durch ein allgemeines Princip, ſondern durch beſondere Aufzählung. Dieſes Verfahren deutet darauf hin, daß vielmehr die str. j. actiones die Regel bilden, die b. f., die daneben ſtehenden einzelnen Ausnahmen.

Und in der That muß dieſes Verhältniß von Regel und Ausnahme als das wahre anerkannt werden. Wir müſſen, als Grundlage des urſprünglichen Obligationenrechts, einen ſtrengen Rechtsbegriff annehmen, nach welchem überhaupt keine andere Klagen aus Rechtsgeſchäften zuläſſig waren, als die welche wir jetzt str. j. actiones nen-

nen. Sie reichten für das ſtrenge Bedürfniß hin, weil die Stipulation eine ſo allgemeine Form war, daß jede Art eines Vertrags, mochte es Kauf, Societät, Mandat u. ſ. w. ſeyn, in dieſelbe eingekleidet werden konnte. In den Fällen ſolcher Rechtsgeſchäfte alſo wurde eine Forderung durch den im Namen des Staats richtenden Juder geſchützt, außer dieſen Fällen wurde ein Juder verſagt.

Nun mochte es aber im täglichen Verkehr beſtändig vorkommen, daß viele Geſchäfte auf Treue und Glauben geſchloſſen wurden, ohne daß man die feyerliche Form der Stipulation hinzufügte; die große Mehrzahl ſolcher Verträge wurden, wie es auch bey uns geſchieht, erfüllt, ohne daß man an die Hülfe eines Richters dachte. Wenn aber in einzelnen Fällen über die Art der Erfüllung Streit entſtand, oder wenn der eine Theil ſich darauf berufen wollte, daß er zu gar Nichts verpflichtet ſey, weil die Stipulation fehle, ſollte dann die richterliche Hülfe verſagt werden? Es lag ſehr nahe, dieſe zu geſtatten, und zwar mit Rückſicht auf die unter rechtlichen Männern ohnehin herrſchende Sitte und das darauf gegründete gegenſeitige Vertrauen (bona fides, ut inter bonos). Indem man aber nicht ſowohl eine ſtrenge Verpflichtung nach Civilrecht, als die Anerkennung der guten Sitte, zum Grund legte, ſchien es zweckmäßig, auch die Art der Ausführung durch dieſen Grund beſtimmen zu laſſen. Der Prätor nöthigte die Parteyen, ſich über einen Richter in einer ähnlichen

Weiſe zu vereinigen, wie es wohl auch ohne Richter zu geſchehen pflegte (arbiter), und trug dieſem auf, den Streit ſo zu entſcheiden, wie es dem unparteyiſchen Rechtsgefühl angemeſſen war, ohne Rückſicht auf die buchſtäblichen Vorſchriften des Civilrechts.

Der hier aufgeſtellten Genealogie der Begriffe und Rechtsverhältniſſe könnte man nun auch noch eine hiſtoriſche Bedeutung beylegen, in folgender Weiſe. Man könnte ſagen, es habe eine, vielleicht lange, Zeit gegeben, worin die str. j. actiones die einzigen Contractsklagen überhaupt geweſen wären; ſpäterhin ſeyen auch noch die b. f. actiones zugelaſſen worden, alſo in Fällen, worin früher gar nicht geklagt werden konnte. Dieſe hiſtoriſche Behauptung iſt von der von mir hier aufgeſtellten völlig verſchieden, indem es mit der meinigen völlig vereinbar wäre, eine gleichzeitige Entſtehung der str. j. und b. f. actiones, gleich bey der erſten Bildung des ordo judiciorum, das heißt des Formularprozeſſes, anzunehmen. Ich enthalte mich hier über dieſe hiſtoriſche Frage jeder beſtimmten Behauptung oder Verneinung (a).

XIV.

Die eben angegebene Behandlung der Sache bewährt ſich in folgender Faſſung der Formeln. In den ſtrengen Klagen (str. j. actiones) lautete die Intentio ſo:

(a) Vgl. Beylage XIV. Num. XLVII, wo dieſe Frage beſonders erörtert wird.

Si paret Negidium Centum (oder hominem) dare oportere

oder: Quidquid Negidium dare facere oportet.

Dieſe letzte Intentio behielt man in den freyen Klagen bey, gab ihr aber einen Zuſatz:

Quidquid Negidium dare facere oportet *ex fide bona.*

Dieſer Zuſatz drückte zwey in ſich zuſammenhängende Gedanken zugleich aus; erſtlich, daß überhaupt das oportere nicht auf die ſtrenge, formelle Regel des Civilrechts gegründet ſey, ſondern auf die Sitte und das Vertrauen, welche unter rechtlichen Menſchen herrſchen; zweytens, daß eben deshalb die Verpflichtung nach freyer Erwägung aller Umſtände, mit gleicher Billigkeit gegen beide Parteyen, zu beurtheilen ſey.

Der Zuſatz ex fide bona war der häufigſte, und von ihm erhielt dieſe ganze Klaſſe von Klagen den Namen bonae fidei actiones. Bey einigen Klagen waren andere Ausdrücke gebräuchlich, jedoch in demſelben Sinn. So bey der actio fiduciae der Ausdruck: ut inter bonos bene agier oportet (a). Daß man dieſen Ausdruck für gleichbedeutend hielt mit ex fide bona, erhellt aus den Stellen des Cicero und des Gajus, worin dieſelbe Klage unter die b. f. actiones gezählt wird (b).

Eben ſo war bey der actio rei uxoriae herkömmlich

(a) Cicero de off. III. 15. 17, ad fam. VII. 12, top. C. 17. In der erſten Stelle hat die Formel noch den Zuſatz: et sine fraudatione.

(b) Cicero de off. III. 17, Gajus IV. § 62.

der Ausdruck aequius melius (c); darum wurde nicht weniger diese Klage unter die b. f. actiones gerechnet (d).

Bey diesem letzten Ausdruck jedoch (aequius melius) ist zu bemerken, daß er noch eine eigenthümliche Bedeutung hatte. Er bezeichnete nämlich überall eine, nicht sowohl in der Natur der Klage, als in den besonderen Bedürfnissen einiger Rechtsverhältnisse gegründete so freye richterliche Beurtheilung, wie sie selbst bey den gewöhnlichen b. f. actiones nicht vorzukommen pflegte. Daher wurde dieser Zusatz selbst bey einigen prätorischen Klagen nöthig gefunden, die niemals den Zusatz ex fide bona führten, weil sich bey ihnen das den b. f. actiones zukommende freye Ermessen ohnehin von selbst verstand, anstatt daß auch bey ihnen dieser noch höhere Grad der freyen Macht einer besonderen Hindeutung bedurfte. Die wenigen Klagen, in welchen dieses ungewöhnlich freye Ermessen eintrat, hießen in bonum et aequum conceptae (e).

(c) Cicero de off. III. 15, top. C. 17. — Wörtliche Anspielungen darauf noch in den Digesten. *L.* 66 § 7 *sol. matr.* (24. 3.), *L.* 82 *de solut.* (46. 3.).

(d) § 29 *J. de act.* (4. 6.), *L.* 36 *de pec.* (15. 1.). „In b. f. contractibus .. ut est in actione de dote agitatum ... hoc *et in ceteris b. f. judiciis* accipiendum esse," *L.* 21 *sol. matr.* (24. 3.). „ .. si .. de dote agere .. ut *in ceteris b. f. judiciis.*" Diese Stellen rühren aus denselben Zeiten her, worin doch auch noch der Ausdruck aequius melius im Gebrauch war (Note c).

(e) Vgl. System Band 2 § 71, besonders Note d—k. — Der Name actiones in bonum et aequum *conceptae* drückt aus, daß in der formulae conceptio die Ausdrücke bonum aequum, oder aequius melius vorkamen.

XV.

Um die hier dargeſtellte Natur der str. j. und b. f. actiones vollſtändig aufzufaſſen, iſt es jedoch nöthig, auch noch die verſchiedenen Arten von Übergängen zu betrachten, die zwiſchen jenen Klaſſen der Klagen Statt fanden.

Das freye Ermeſſen des arbiter zeigte ſich in den b. f. actiones faſt durchaus in gleicher Ausdehnung (a); dagegen erſcheint bey den str. j. actiones die geringere Freyheit des judex in ſehr verſchiedenen Graden. Bey der Formel: Si paret Centum dare oportere hatte der Juder nur die Wahl, entweder 100 zuzuſprechen oder ganz zu abſolviren. Bey der Formel: Si paret fundum dare oportere hatte er, außer jener Wahl, auch noch die Sache in Geld abzuſchätzen. Endlich bey der Formel: Quidquid dare facere oportet war das Ermeſſen in der Beſtimmung der Geldſumme nothwendig noch weit freyer. In dieſer Abſtufung iſt es einleuchtend, daß die Fälle der letzten Art ſich den b. f. actiones ſehr annäherten, wie ſie denn auch in der Abfaſſung der Intentio mit denſelben faſt ganz übereinſtimmten, und nur durch den fehlenden Zuſatz ex fide bona von ihnen unterſchieden wurden.

(a) Nämlich nur mit Ausnahme der wenigen actiones in bonum et aequum conceptae, für welche eine noch freyere Macht des Arbiter galt (Num. XIV.).

XVI.

Noch wichtiger aber iſt es, daß die Rechtsgeſchäfte, welche eigentlich dazu beſtimmt waren, Klagen von einer dieſer Klaſſen ausſchließend hervorzubringen, durch willkührliche Handlungen in die andere Klaſſe der Klagen hinüber geleitet werden konnten. Dieſes konnte geſchehen bald durch den Willen der Parteyen, bald durch den des Prätors.

Der Wille der Parteyen konnte jedem, ſeiner Natur nach freyen, Rechtsgeſchäft, die ſtrenge, buchſtäbliche Natur dadurch mittheilen, daß ſie daſſelbe in eine Stipulation, oder in gegenſeitige Stipulationen, einkleideten, und zwar entweder gleich Anfangs, oder auch durch eine ſpäterhin umwandelnde Novation. Dieſes lag in der Natur der Stipulation als der allgemeinſten und unbeſtimmteſten Form der Verträge überhaupt, für jeden beſonderen Inhalt gleich empfänglich, und daher auch für das in ſie eingekleidete Geſchäft ausſchließend die Norm abgebend, auch wenn dieſes Geſchäft außerdem eine andere Klage, ſey es von einer gleich ſtrengen, oder von einer freyeren, Natur zur Folge gehabt haben würde. Wurde daher ein Darlehen in eine Stipulation eingekleidet, ſo entſprang daraus eine einfache verborum obligatio (a). Eben ſo bey

(a) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1.). „.. quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum." *L.* 6 § 1 *L.* 7 *de novat.* (46. 2.).

einer Societät (b), einem Kauf, einem Miethcontract u. ſ. w., worin ſtipulirt worden war; hier wurde überall die b. f. actio von der ſtrengen Stipulationsklage abſorbirt, und zwar weil es die Parteyen ſo gewollt hatten, die ja beſondere Gründe haben konnten, die ſtrenge Klage der freyen vorzuziehen (c). Ganz beſonders aber wurde zum Zweck einer ſolchen Umwandlung die literarum obligatio gebraucht (d).

(b) Wurde zuerſt die Societät als ſolche ſchriftlich abgeſchloſſen, und unmittelbar nachher auf denſelben Inhalt ſtipulirt, ſo war Anfangs eine consensu contracta (alſo b. f.) obligatio vorhanden, die gleich nachher durch eine Novation völlig abſorbirt wurde. *L.* 71 *pr. pro socio* (17. 2.). „.. si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: haec ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur." Anders wäre es geweſen, wenn man nicht erſt ein pactum conventum de societate abgeſchloſſen, ſondern die Bedingungen der Societät gleich Anfangs in Frage und Antwort gefaßt hätte; dann war nur ein einziger Vertrag, die Stipulation, vorhanden, keine Novation. So wird die Sache ausdrücklich in Beziehung auf das Darlehen angegeben in den Stellen der Note a. — Viele Beyſpiele von Schenkungen und Kaufcontracten mit der Stipulationsclauſel am Schluß ſ. bey Spangenberg tabulae negotiorum Num. 22. 23. 26. 49. 50. 52. 52a. 54. 55. 57. — Es war nämlich auch ſehr gewöhnlich, alle genauere Beſtimmungen in der Geſtalt einer nuda pactio abzufaſſen, und die beſtätigende Stipulationsformel vorher oder hintenan zu ſtellen. *L.* 7 § 12 *de pactis* (2. 14.), Paulus II, 22 § 2, *L.* 27 *C. de pactis* (2. 3.). Man hätte eben ſo gut den ganzen Inhalt der Verabredung unmittelbar in die Frage aufnehmen können, wodurch nur die Rede unbehülflicher und weniger verſtändlich geworden wäre.

(c) Daß die Stipulation ſogar dazu gebraucht wurde, publiciſtiſche Fragen vor einen Privatrichter zu bringen, iſt ſchon oben bemerkt worden (Num. XI.).

(d) S. u. Beylage XIV. Num. IX.

XVII.

Umgekehrt konnten die Parteyen wünſchen, der Stipulation, ohne welche in vielen Fällen überhaupt keine klagbare Obligation begründet werden konnte (Num. XI.), doch zugleich die Natur einer freyen Obligation und Klage mitzutheilen. Dieſes geſchah dadurch, daß ſie eine dahin führende Beſtimmung in die Worte der Stipulation ſelbſt aufnahmen, ſo daß der Schuldner ausdrücklich dazu verpflichtet wurde, irgend Etwas nach Art der bona fides zu leiſten. Zu dieſem Zweck konnten gewiß geradezu die Worte bona fide gebraucht werden; eben ſo aber auch recte, fide (a); ja ſogar dem bloßen Worte recte wurde dieſe Kraft zugeſchrieben (b). Am Häufigſten aber gebrauchte man die Formel, welche als doli clausula bezeichnet wird, und alſo lautet: dolum abesse abfuturumque (c).

In ſolchen Fällen nun war die Klage als ſolche keine b. f. actio; ſie wurde nicht von einem arbiter, ſondern

(a) *L.* 122 § 1 *de V. O.* (45. 1.) „recte dari fieri fide." Vgl. Huschke de actionum formulis p. 31.

(b) *L.* 73 *de V. S.* (50. 16.). „Haec verba in stipulatione posita: *eam rem recte restitui* fructus continent. *Recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est." Viele Beyſpiele ſolcher Stipulationen mit dem Wort recte ſind zuſammen getragen von Brissonius selectae ant. I. 9.

(c) *L.* 38 § 13, 121 pr. *L.* 22, 53, 119 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 4 § 16 *in f. de doli exc.* (44. 4.). *L.* 31 *de receptis* (3. 8.), *L.* 3 *C. eod.* (2. 56.). — Mehrere Beyſpiele dieſer Formel finden ſich in den Urkunden bey Spangenberg ſ. o. Num. XVI. b.

von einem judex beurtheilt. Der judex aber war ſelbſt durch den Buchſtaben der ihm vorgelegten Stipulation angewieſen, genau ſo zu urtheilen, wie er als arbiter in einer b. f. actio hätte urtheilen müſſen; Dieſes galt nicht nur in Anſehung der Zinſen und Früchte, ſondern auch eben ſo in Anſehung der in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen (d).

Hieraus erklären ſich zwey aus ſehr verſchiedenen Zeiten herrührende Geſetze, worin Klagen aus fingirten Stipulationen vorgeſchrieben werden, jedoch mit Berückſichtigung der bona fides, welches bey neueren Schriftſtellern unnöthigen Anſtoß erregt hat. Das erſte iſt die Lex Galliae cisalpinae, welche, im Fall der verweigerten damni infecti repromissio oder satisdatio, Klagen aus einer fingirten Stipulation in folgenden Worten vorſchreibt:

> C. 20 vers. 26. 27 „quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione Sejo dare facere oporteret *ex fide bona*"

und eben ſo wiederholt (für die Satisdation) in den Zei-

(d) Cujacius in L. 53 de V. O., opp. T. 1 p. 1198. Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 S. 184. 275. Huschke de actionum formulis p. 31. Dieſer Letzte nimmt es nur darin zu ſubtil, daß er behauptet, das Object ſey nun nach b. f. beurtheilt worden, die Obligation ſelbſt nicht; zu dem Object rechnet er Mora, Culpa, Zinſen, zu der Obligation die nicht ausgedrückten Exceptionen. Allein es wird ausdrücklich geſagt, daß die doli clausula auch wirke gegen den stipulator qui dolo fecit. (Vgl. die zwey letzten Stellen in Note c). Dieſes iſt nun aber gerade die der bona fides eigenthümliche Gegenſeitigkeit, wodurch eben die Beachtung der in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen zuläſſig und nöthig wird.

len 35. 36. Es fällt allerdings auf, in der Intentio einer Stipulationsklage die Worte ex fide bona zu leſen; ſie wären überflüſſig geweſen, wenn der Juder den Text einer wirklich mit dieſer Clauſel abgeſchloſſenen Stipulation vor ſich gehabt hätte, und ſie wurden hier aus Vorſicht hinzugefügt, weil die Stipulationen, woraus geklagt werden ſollte, blos fingirt waren.

Eben ſo ſetzte Juſtinian an die Stelle der alten actio rei uxoriae eine auf fingirter Stipulation beruhende actio ex stipulatu, lediglich um die Klage vererblich zu machen. Dieſer neuen Klage theilt er ganz die Natur der alten, als einer b. f. actio, mit, und er verfährt hierin ganz im Geiſt des älteren Rechts, indem er offenbar eine Stipulation mit der doli clausula fingiren will, ganz wie es ſchon die Lex Galliae cisalpinae gethan hatte. Nur darin iſt ſein Ausdruck dem älteren Recht nicht gemäß, daß er die neu eingeführte Klage geradezu eine b. f. actio nennt (e). Dieſer Ausdruck wäre zur Zeit des älteren Rechts erheblich geweſen, indem nun ein arbiter anſtatt eines judex hätte urtheilen müſſen. In Juſtinians Zeit war Dieſes, wegen der allgemeinen extraordinaria judicia, gleichgültig, indem es nur noch auf den Erfolg der Klage und den Inhalt des Urtheils ankommen konnte.

(e) § 29 *J. de act.* (4. 6.) „ex stipulatu actio, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, *ut bonae fidei sit.*" In dem urſprünglichen Geſetz, welches im Codex ſteht, iſt der Ausdruck vorſichtiger. *L. un.* § 2 *C. de rei ex. act.* (5. 13.) „accommodetur ei natura rei uxoriae, *et bonae fidei beneficium.*"

Derſelbe Erfolg, welchen die doli clausula einer Stipulation herbeyführte, konnte auch noch auf einem anderen Wege bewirkt werden, wenn nämlich als Inhalt der Stipulation ausgedrückt wurde die Geſammtheit der Verpflichtungen, welche bisher aus einem b. f. contractus entſprungen waren, z. B. wenn ein Verpächter von dem Pächter ſtipulirte: quidquid te mihi dare facere oportet (f). Denn durch dieſe Faſſung wurde gerade derjenige Inhalt in die Stipulation gelegt, den außerdem die locati actio gehabt haben würde.

XVIII.

Es geſchah aber nicht blos durch den Willen der Parteyen, daß freye Klagen in ſtrenge verwandelt wurden, ſondern auch der Prätor pflegte nicht ſelten eine ſolche Verwandlung zu bewirken. Wo er es jedoch aus eigenem Antriebe that, da lag nicht ſowohl die Abſicht zum Grunde, die ſtrenge Prozeßart der freyen vorzuziehen, als vielmehr beſtimmte Strafen vertragsmäßig herbeyzuführen, wozu die Stipulation die einzige Form darbot (Num. XI.).

Die actio constitutae pecuniae war vom Prätor neu eingeführt, alſo ein arbitrium; um aber ihre Wirkung zu verſtärken, zwang der Prätor den Beklagten zu einer Stipulation, worin er dem Kläger eine Succumbenzſtrafe

(f) *L.* 89 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 1 § 4 *quar. rer. actio* (44. 5.), *L.* 27 *de novat.* (46. 2.).

von Fünfzig Prozenten der eingeklagten Summe verſprach (a).

Die prohibitoriſchen Interdicte (wie uti possidetis) waren prätoriſche Klagen; mit ihnen aber wurden ſtets erzwungene Strafſtipulationen verbunden (b). In der Regel verhielt es ſich eben ſo mit den reſtitutoriſchen und exhibitoriſchen Interdicten; nur konnte hier ſowohl der Kläger, als der Beklagte, dieſen Zuſtand dadurch ändern, daß er eine arbitraria formula verlangte (c).

Bey dem Streit über Eigenthum ſtand es wohl in der Wahl des Klägers, ob die ſtrenge Sponſionsklage, oder die freye petitoria formula angewendet werden ſollte (Num. IX.). Der einzige Zweck dieſer Wahl beſtand, wie es ſcheint, gerade in der erwähnten Verſchiedenheit des Verfahrens. Zwar war die Sponſion auf eine Geldſumme gerichtet, aber nur zum Schein, da das Geld gar nicht eingefordert wurde; ohnehin war die Summe ſo klein, daß ſie ſchon deshalb nicht als ein ernſtlicher Zweck gedacht ſeyn konnte (d).

XIX.

Umgekehrt kam es auch ſehr oft vor, daß durch den

(a) Gajus IV. § 171.

(b) Gajus IV. § 141.

(c) Gajus IV. § 141. 162—165. Es iſt hier meiſt nur von dem Beklagten die Rede, weil es etwas Beſonderes war, daß dieſer dem Antrag des Klägers auf Sponſion ausweichen konnte. Der Kläger hatte, wie ſich von ſelbſt verſtand, die Wahl zwiſchen beiderley Anträgen gleich Anfangs in ſeiner Macht.

(d) Gajus IV. § 93. 94.

Willen des Prätors ſolche Klagen, die an ſich str. j. actiones waren, die Natur von freyen Klagen mitgetheilt bekamen, ja es läßt ſich wohl annehmen, daß dieſes überall geſchah, wo vom Prätor eine Stipulation erzwungen wurde, die nicht gerade auf eine Strafe gerichtet war (XVIII.). Die Rechtsform, wodurch dieſe Modification bewirkt wurde, war dann dieſelbe, wie wenn der Wille der Parteyen eine ſolche Veränderung herbeyführte (XVII.). Es wurde nämlich in die erzwungene Stipulation die doli clausula aufgenommen, wodurch der str. j. actio, die nun allerdings (vor einem judex) eintreten mußte, derſelbe Erfolg geſichert war, der bey einer b. f. actio (vor einem arbiter) eingetreten ſeyn würde.

Ich will hier die Fälle erzwungener Stipulationen zuſammen ſtellen, von welchen wir beſtimmt wiſſen, daß ſie die doli clausula in ſich ſchloſſen.

Die Stipulation von Bürgen, wodurch jeder Fructuar dem Eigenthümer Sicherheit beſtellen muß (a).

Die Bürgſchaft, wodurch die Wirkung einer operis novi nunciatio abgewendet wird (b).

Die Stipulationen wegen damnum infectum (c).

(a) *L.* 5 *pr. usufr. quemadm. cav.* (7. 9.).

(b) *L.* 21 § 2 *de op. novi nunc.* (39. 1.).

(c) Hier haben wir kein ſo wörtliches Zeugniß, wie für die übrigen Fälle, allein die in *L.* 28 *L.* 40 *pr. de damno inf.* (39. 2.) anerkannte freye Beurtheilung läßt keinen Zweifel, daß auch da die doli clausula eingerückt zu werden pflegte. Huschke de actionum formulis p. 31. — Es war hier übrigens bald eine bloße repromissio, bald eine satisdatio.

Verſchiedene Bürgſchaften in Beziehung auf Legate (d). Die prozeſſualiſche Bürgſchaft judicatum solvi (e), desgleichen ratam rem haberi (f).

Außerdem aber, und was noch wichtiger war, kamen vielleicht ſolche Stipulationen mit doli clausula bey jeder Litisconteſtation vor, ſolange der ordo judiciorum beſtand, ſo daß nur durch deſſen Untergang zugleich die Nachricht von jenen Stipulationen aus unſren Rechtsquellen verſchwunden ſeyn möchte. Dadurch allein läßt ſich auf ungezwungene Weiſe die ſchon oben mitgetheilte Thatſache erklären, daß für jede stricti juris obligatio, von der Zeit der Litisconteſtation an, ähnliche Wirkungen eintraten, wie ſie außerdem nur bey den bonae fidei contractus wahrgenommen werden, ſo daß von dieſer Zeit an die omnis causa geleiſtet werden mußte (Num. III. d. e.).

Endlich auch, von allen dieſen Modificationen abgeſehen, brachte der Prätor in jedem einzelnen Fall ſchon dadurch die ſtrengen Klagen den freyen näher, daß er eine doli exceptio gab, ſo oft ſich dazu hinreichende Veranlaſſung darbot. Denn die Beachtung der etwa vorhandenen Exceptionen war nur inſofern ein eigenthümlicher Vorzug der b. f. actiones, als der Richter aus eigener Macht bey ihnen darauf Rückſicht nehmen ſollte; der Prä-

(d) *L.* 1 *pr.* § 3 *si cui plus* (35. 3.), *L.* 1 *pr. ut legat.* (36. 3.). (Eine Folge aus dieſer Natur der Stipulation im § 13 eod.).

(e) *L.* 17 — 19 *judic. solvi* (46. 7.), *L.* 45 *de her. pet.* (5. 3.).

(f) *L.* 22 § 7 *ratam rem* (46. 8.).

tor aber war an dieſen Unterſchied auf keine Weiſe gebunden (Num. V.).

XX.

Faſſen wir die hier dargeſtellten Übergänge, welche zwiſchen beiden Klaſſen von Klagen wahrgenommen werden (Num. XVI—XIX.) zuſammen, ſo erſcheint darin das Beſtreben, den ſtrengen Klagen eine freyere Natur mitzutheilen, vorherrſchend vor dem entgegengeſetzten Verfahren. Wir dürfen alſo wohl annehmen, daß man die Eigenthümlichkeit der stricti juris actiones nicht etwa als das an ſich Beſſere, Wünſchenswerthe anſah, ſondern nur als die aus der älteren Zeit als vorherrſchend betrachtete Regel, von deren Feſſeln man ſich allmälig frey zu machen ſuchte. Es geſchah aber Dieſes auf dieſelbe Weiſe, die wir auch in der Entwicklung anderer Inſtitute des Römiſchen Rechts wahrnehmen; nicht plötzlich, vermittelſt eines durchgreifenden Acts der Geſetzgebung, ſondern durch eine Nachhülfe in einzelnen Fällen, die ſich der älteren Rechtsform ungezwungen und fortbildend anſchloß, ſo daß die ſtrengere und freyere Form lange Zeit neben einander beſtanden, und auch der individuellen Willkühr ein weiter Spielraum hierin gelaſſen wurde.

Beylage XIV.

Die Condictionen.

(Zu § 218—220.)

I.

Schon oben iſt die Behauptung aufgeſtellt worden, der Ausdruck condictio ſey völlig gleichbedeutend mit stricti juris actio, und hierin eben liege der Grund, weshalb dieſer letzte Ausdruck ſo ſelten in unſren Rechtsquellen gebraucht werde (a). Der Sinn dieſer Behauptung wird nun durch die in der vorhergehenden Beylage geführte Unterſuchung näher dahin beſtimmt, daß unter condictio zu verſtehen iſt die perſönliche Civilklage aus einem Rechtsgeſchäft, inſofern dieſe Klage zugleich ſtrenger Natur, das heißt nicht durch den Zuſatz ex fide bona in das freyere Ermeſſen des Judex geſtellt war. Durch dieſe Beſtimmungen ſind demnach von dem Gebiet der Condictionen ausgeſchloſſen: alle honorariae actiones, alle Klagen in rem, alle Delictsklagen, alle b. f. actiones.

Ein unmittelbares Zeugniß für die völlig gleiche Bedeutung beider Kunſtausdrücke läßt ſich hier noch nicht

(a) Beylage XIII. Num. 1.

angeben, da die Stellen des Gajus, die allerdings als Zeugniſſe dafür gelten können, erſt noch mancher Vorbereitung bedürfen, um völlig verſtanden zu werden. An dieſer Stelle kann ich mich nur erſt darauf berufen, daß in der That alle bekannte Condictionen stricti juris ſind, und daß die ſo eben von dem Gebiet der Condictionen ausgeſchloſſenen Klagen auch in der That den Namen condictio nicht führen (b). Allerdings wäre es denkbar, daß der Ausdruck condictio in zufälliger Abwechslung mit actio, und ohne feſte Gränze nach dieſer Seite hin, gebraucht würde. So iſt es jedoch nicht, vielmehr wird der Ausdruck außer dem angegebenen Gebiet ſorgfältig vermieden, ja, was ganz entſcheidend iſt, es wird in einzelnen Fällen genau unterſucht, ob die Klage ex empto (welche bekanntlich bonae fidei iſt), oder vielmehr die condictio gelte? Die Entſcheidung fällt dahin aus, daß beide Klagen völlig begründet ſeyen, daß alſo der Kläger zwiſchen beiden die Wahl habe (c). Die Frage ſowohl, als die Entſcheidung,

(b) Man könnte gegen dieſe letzte Behauptung einwenden: 1) Aus Delicten entſtehe die condictio furtiva und zuweilen eine condictio ex L. Aquilia (*L.* 9 § 1 *de R. C.* 12. 1.). Es wird aber unten gezeigt werden, daß dieſe Klagen nicht aus Delicten, ſondern aus contractsähnlichen Rechtsgeſchäften entſtehen. 2) *L.* 19 § 2 *de prec.* (43. 26.) „*incerti condictione*, id est praescriptis verbis," da nämlich die zuletzt genannte Klage bonae fidei iſt; allein in dieſer Stelle muß nach Handſchriften geleſen werden: *incerta actione.* Vgl. Syſtem § 217 o.

(c) *L.* 11 § 6 *de act. emti* (19. 1.) „.. qua actione agendum est? utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit: an vero *ex empto agendum* sit? Et Julianus diceret, *ex empto agi* posse: certe *etiam condici* poterit, quia jam sine causa apud venditorem est anulus."

ſetzt einen ſcharfen Gegenſatz zwiſchen beiden ſo bezeichneten Arten der Klagen voraus, und zwar einen ſolchen Gegenſatz, woran ſich ein practiſches Intereſſe geknüpft haben muß, da über den leeren Namen ſchwerlich ein ernſter Streit geführt worden wäre.

Es iſt kaum glaublich, und zeugt von der höchſten Unklarheit, die in dieſer Lehre herrſcht, daß gerade umgekehrt von namhaften Schriftſtellern behauptet worden iſt, alle Condictionen ſeyen b. f. actiones (d); eine beſondere Widerlegung dieſer Behauptung iſt nicht zu verlangen, es iſt nur dafür zu ſorgen, daß die Möglichkeit derſelben Jedem, der die gegenwärtige Unterſuchung bis zu Ende verfolgt, unbegreiflich erſcheine.

II.

Obgleich nun alſo die Condictionen auf ein genau begränztes Gebiet eingeſchränkt waren, ſo ſtanden ſie doch, als einzelne Art, unter der allgemeinen Gattung der actiones. Dieſes zeigt ſich in folgenden Varietäten ihrer Bezeichnung:

Actio quae vocatur condictio. *pr. J. quib. mod. re* (3. 14.). Actio condictionis *L.* 1 *C. de cond. ind.* (4. 5.) *L.* 2 *C. de cond. ob causam dat.* (4. 6.) Condictitia actio. *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.), § 1 *J. quib. m. re* (3. 14.) *L.* 7 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 3 *C.*

(d) Glück B. 13 S. 8 und § 835. Dieſer Irrthum hängt mit einem anderen zuſammen, der weiter unten erwähnt werden wird. Num. III. e.

de don. quae sub mod. (8. 55.) Condictitia § 24 *J. de act.* (4. 6.) *L.* 55 *de don. int. vir.* (24. 1.). *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2.).

Ja ſogar wird zuweilen in den Fällen unſtreitiger Condictionen der bloße Name actio, ohne den Zuſatz condictio, gebraucht (a). Dieſes geſchieht jedoch nur da, wo die Condictionennatur ohnehin ſo unzweifelhaft iſt, daß die genauere Bezeichnung als überflüſſig erſcheint; dagegen wird dieſe gewiß nie fehlen, wo es auf die Unterſcheidung einer Condiction von einer Klage anderer Art ankommt (b).

Die eben behauptete gleiche Bedeutung der Ausdrücke condictio und stricti juris actio iſt jedoch nur wahr für den ſeit der Einführung des ordo judiciorum, oder des Formularprozeſſes, herrſchenden Sprachgebrauch. Zur Zeit der alten Legis actiones hatte der Ausdruck eine engere Bedeutung, indem er nur von zwey einzelnen Klagen gebraucht wurde (c). Es wird jedoch unten gezeigt werden, in welchem hiſtoriſchen Zuſammenhang auch dieſe ältere Bedeutung mit der in unſren Rechtsquellen herrſchenden neueren gedacht werden muß; dieſe letzte übrigens iſt allein der Gegenſtand der hier aufzuſtellenden Unterſuchung.

(a) Actio pecuniae creditae. *L.* 70 *de proc.* (3. 3.), *L.* 12 § 1 *de distr.* (20. 5.). — Actio certae creditae pecuniae. Gajus IV. § 13.

(b) Es erſcheint alſo hier eine ähnliche Zweydeutigkeit wie bey dem Ausdruck judex, welcher bald den ſtrengen Gegenſatz gegen arbiter bezeichnet, bald den Gattungsbegriff, unter welchem dieſe beide Arten gemeinſchaftlich enthalten ſind. Vgl. Syſtem § 218.

(c) Gajus IV. § 18 — 20.

III.

In der Lehre von den Condictionen ſind nunmehr Zwey gleich wichtige und ſchwierige Fragen zu beantworten: Erſtlich, welche Rechtsgeſchäfte ſind dazu geeignet, Condictionen (strieti juris actiones) hervorzubringen, oder: welches ſind die Bedingungen zuläſſiger Condictionen?

Zweytens, welche verſchiedene Arten der Condictionen kommen vor, und wie unterſcheiden ſich dieſelben durch eigenthümliche Wirkungen?

Bey der erſten Frage, nach den Bedingungen der Condictionen, muß vor Allem an Dasjenige erinnert werden, was darüber ſchon vorläufig, bey der Unterſuchung der b. f. actiones, bemerkt worden iſt (a). Dieſe letzten werden uns in einer langen Reihe einzelner Fälle aufgezählt, ohne Zurückführung auf ein Princip; von den Fällen, worin die str. j. actiones gelten ſollen, wird daneben gar Nichts geſagt. Dürfen wir nun mit Wahrſcheinlichkeit annehmen, daß dieſe verſchiedene Behandlung nicht auf gedankenloſer Willkühr, ſondern auf inneren Gründen, beruht, ſo läßt ſich aus dieſer unmittelbaren Wahrnehmung ſchließen, daß die Fälle, worin die Condictionen gelten ſollen, aus einem einfachen, gemeinſchaftlichen Princip abzuleiten ſind, welches nur ſtillſchweigend vorausgeſetzt, nicht ausgeſprochen wird.

(a) Beylage XIII. Num. XI. XII.

Neuere Schriftſteller haben ein ſolches Princip aufgeſtellt, das ſich auf den erſten Blick dadurch empfiehlt, daß es zugleich auf beide Arten der Klagen anwendbar ſeyn würde (b). Sie ſetzen das Weſen des Unterſchieds in die Einſeitigkeit und Gegenſeitigkeit der Rechtsgeſchäfte, ſo daß die einſeitigen stricti juris, die gegenſeitigen bonae fidei ſeyn ſollen. Allein wenn wir auf die natürlichen, ungekünſtelten Anſichten und Erwartungen der Parteyen ſehen, ſo iſt das Darlehen nicht einſeitiger, als das Commodat und das Depoſitum (c). Jedes dieſer drey Rechtsgeſchäfte fängt damit an, daß Einer Etwas hingiebt, und endigt damit, daß der Andere Etwas zurück geben ſoll und darauf verklagt werden kann, wenn er es nicht freywillig thut; dieſen Zuſammenhang denken ſich die Parteyen ganz deutlich. Außerdem aber kann allerdings bey den

(b) So unter andern Gans Obligationenrecht S. 15—18, wo jedoch dieſes Princip noch mit anderen gemiſcht erſcheint.

(c) Die Zweydeutigkeit der Ausdrücke verbirgt und erhält hier die Unklarheit der Begriffe. Man kann nämlich die Ausdrücke beziehen: 1) Auf die materiellen Zwecke und Folgen, den einſeitigen und gegenſeitigen Vortheil, der bezweckt wird. In dieſer Hinſicht iſt (mit ſehr ſeltnen Ausnahmen) das Commodat einſeitig zum Vortheil des Empfängers, das Depoſitum einſeitig zum Vortheil des Gebers, der Kauf, der Miethcontract, die Societät, der Tauſchvertrag, gegenſeitig, das Darlehen bald einſeitig, bald gegenſeitig, je nachdem es verzinslich iſt oder nicht. Hierin alſo kann gewiß nicht das Unterſcheidende der d. f. contractus liegen. 2) Auf die juriſtiſchen Folgen der Rechtsgeſchäfte d. h. die daraus entſpringenden Klagen; davon allein kann hier die Rede ſeyn. — Wenn man auf das Weſen der Rechtsgeſchäfte ſieht, ſo muß man eine ſehr eigenthümliche Klaſſe in denjenigen erkennen, die einen tauſchartigen Character haben, d. h. worin Jeder Etwas leiſtet, um gegenſeitig Etwas zu empfangen, wie in dem Kauf; allein die Gränze dieſer Geſchäfte fällt mit der Gränze der d. f. contractus keinesweges zuſammen.

Zwey letzten Geſchäften auch noch eine contraria actio eintreten, bey dem erſten nicht (d); an dieſen ſeltenen Erfolg werden die Parteyen, wenn ſie nicht gerade Juriſten ſind, ſchwerlich denken, er hängt von zufälligen, dem Geſchäft ſelbſt ganz fremden Umſtänden ab, und es erklärt ſich alſo dieſe Verſchiedenheit der Behandlung durchaus nicht aus den gewöhnlichen und wahrſcheinlichen Abſichten der Parteyen, ſondern aus derſelben freyen Behandlung der b. f. contractus, wodurch auch der arbiter berechtigt wird, auf die in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen Rückſicht zu nehmen. So allein iſt die Gegenſeitigkeit in den b. f. contractus zu verſtehen; wollte man alſo in ihr den Grund und die Gränze der b. f. actiones ſuchen, ſo würde ſich dieſer Gedanke auch in folgender Formel ausdrücken laſſen: die freye Beurtheilung eines Rechtsgeſchäfts (wovon die Gegenſeitigkeit nur ein einzelnes Stück

(d) Man darf nicht glauben, die contraria actio ſey an ſich bey dem Darlehen nicht denkbar. Bey dem Commodat und Depoſitum freylich bezieht ſie ſich auf Auslagen für die zurück zu gebende individuelle Sache, wovon bey dem Darlehen nicht die Rede ſeyn kann. Wenn aber eine Summe Geldes als Darlehen gegeben wird, ſo können darunter erſtlich falſche Geldſtücke ſeyn, zweytens gute, aber fremde, die nur mit Verluſt in gangbares Geld umgeſetzt werden können. Der Empfänger braucht hier nur gleichartige Stücke zurück zu geben, und er wird in dem angeführten Fall am Sicherſten gehen, wenn er die falſchen oder fremden Geldſtücke in specie zurück giebt, aber eine contraria actio hat er in keinem Fall, die ſich doch, wenn er das Geld mit Verluſt verwechſelte, wohl denken ließe. Liegt freylich ein Betrug zum Grunde, ſo kann er die doli actio haben, allein dieſe Delictsklage hat mit dem Rechtsgeſchäft keinen inneren Zuſammenhang.

iſt) tritt ein bey denjenigen Rechtsgeſchäften, bey welchen eine freye Beurtheilung eintritt.

Es iſt auch noch ein anderer Verſuch gemacht worden, die Unterſcheidung der Condictionen von den b. f. actiones auf ein Princip zurück zu führen, der aber weit weniger Schein für ſich hat, als der eben erwähnte. Bonae fidei ſollen alle Klagen ſeyn, deren Grund ſchon auf der natürlichen Billigkeit (dem jus gentium) beruht, stricti juris die, welche durch willkührliche Vorſchriften des poſitiven Rechts eingeführt ſind (e); dieſe Behauptung muß bey ernſtlicher Betrachtung ſogleich verworfen werden. Nichts iſt mehr in der natürlichen Billigkeit gegründet, als daß das geliehene Geld von dem Schuldner zurückgezahlt werde (f), und doch iſt die Darlehnsklage ſehr gewiß stricti juris. Selbſt aus dem nudum pactum entſteht eine Verpflichtung nach jus gentium (g), und es iſt nicht einzuſehen, warum dieſe durch die Hinzufügung der Stipulationsform verhindert oder geſchwächt werden ſollte; dennoch iſt die Stipulationsklage stricti juris. Ja wir würden, bey genauer Erwägung, kaum andere str. j. Klagen nach dieſer Lehre übrig behalten, als die Klagen auf Geldſtrafen; und gerade dieſe führen wenigſtens den Namen stricti juris actiones oder condictiones niemals.

(e) Glück B. 13 S. 8.

(f) Gajus III. § 132. Eben ſo wird für die condictio sine causa u. ſ. w. die Entſtehung aus dem jus gentium ausdrücklich anerkannt. *L.* 25 *de act. rer. amot.* (25. 2.).

(g) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 5 § 2 *de solut.* (46. 3.), *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14.).

IV.

Betrachten wir die Fälle, in welchen Condictionen unzweifelhaft anwendbar sind, so erscheinen uns diese auf den ersten Blick höchst mannichfaltig; dennoch lassen sich dieselben auf ein sehr einfaches Princip zurück führen, welches sich durch bloße organische Bildungskraft zu jener Mannichfaltigkeit entfaltet hat, fast ohne Eingriff der Gesetzgebung. Es finden sich nur sehr wenige, aus dem Princip nicht abzuleitende, also ganz positive Zusätze; diese aber sind nicht nur so unbedeutend, sondern auch als bloße Ausnahmen so bestimmt und deutlich in unsren Rechtsquellen anerkannt, daß sie die Wahrheit des Princips vielmehr bestätigen, als zweifelhaft machen.

Um jenes Princip zu finden, gehe ich von der Zergliederung eines einzelnen Rechtsgeschäfts aus, woraus sicherlich eine Condiction entspringt, nämlich des Darlehens, welches ich daher als Ausgangspunkt der ganzen Untersuchung behandeln will. Ich muß erwarten, daß dieses Verfahren als einseitig und willkührlich getadelt werden möge; dieser Vorwurf wird durch die Wahrnehmung widerlegt, daß unsre Rechtsquellen genau denselben Weg einschlagen, indem auch sie das Darlehen an die Spitze der gesammten Lehre von den Condictionen stellen.

In den Digesten ist der erste Titel des zwölften Buchs überschrieben: de rebus creditis, si certum petetur, et de

condictione (a). Schon aus dieſer Überſchrift erhellt die innige Verbindung der Condictionen im Allgemeinen mit dem beſonderen Vertrag des Darlehens. Beynahe der ganze Titel handelt von dem Darlehen, und zwar (mit geringen Ausnahmen) von dem Gelddarlehen. Dazwiſchen aber ſtehen einige Stellen, welche die allgemeine Natur der Condictionen zum Gegenſtand haben. An dieſen einleitenden Titel ſchließt ſich in zwey Büchern die ganze Lehre von den Condictionen an.

Eben ſo iſt im Codex der zweyte Titel des vierten Buchs der Anfang der geſammten Condictionenlehre. Die Überſchrift lautet: Si certum petatur, und der ganze Titel enthält nur Conſtitutionen über das Gelddarlehen.

Indem ich alſo das Darlehen als die Grundlage der Condictionen anſehe, und aus ihm das Weſen derſelben zu erkennen ſuche, ſchließe ich mich ganz an das Verfahren an, welches in den Quellen des Römiſchen Rechts unmittelbar wahrzunehmen iſt.

V.

Unterſuchen wir nun, was wirklich vorgeht, wenn Geld als Darlehen gegeben wird. Als Weſen dieſes Geſchäfts wird durch den Namen pecunia *credita* ein beſonderer

(a) Die Varianten ſind bey dieſer Rubrik nicht von Erheblichkeit, wenigſtens nicht für die hier vorliegende Frage. Das Dig. vetus ed. Jenson s. a. und ed. Koberger 1482 leſen *petatur* et de *certi* condictione. Ed. Ven. 1484 lieſt *petatur* ohne certi.

(b) *L.* 9 *L.* 24 *de reb. cred.* (12. 1.).

Grad des Glaubens oder Vertrauens bezeichnet, woher auch der Geber den Namen creditor erhalten hat (a); ja die Natürlichkeit dieser Ansicht bewährt sich darin, daß auch in unsrer Sprache der Name Glaubiger allgemein anerkannt worden ist, und zwar im gemeinen Leben nicht weniger als unter den Juristen. Daher fängt auch der oben angeführte Digestentitel sehr characteristisch mit einer Untersuchung über die Bedeutung des Worts credere an, dessen Wesen darin gesetzt wird, daß wir uns der Zuverlässigkeit eines Andern anvertrauen (b). Was ist nun der eigentliche Inhalt dieses Vertrauens?

Vertrauen im Allgemeinen liegt bey allen Geschäften des täglichen Verkehrs zum Grunde; da aber hier so vor-

(a) Die ursprüngliche Bedeutung von creditor und creditum geht auf die aus einem Geldbarlehen entstandene Forderung; von da ist der Ausdruck auf den abstracten Begriff der Forderungen überhaupt, wofür man keinen andern Namen hatte, übertragen worden, und dieser ausgedehnte Sprachgebrauch ist dann der vorherrschende geworden. *L.* 10 *de V. S.* (50. 16.) „... Sed *et si non sit mutua pecunia*, sed contractus, creditores accipiuntur." *L.* 11 *eod.* Creditorum appellatione *non hi tantum* accipiuntur, *qui pecuniam crediderunt*: sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur." *L.* 12. *pr. eod.* Die Gegensätze weisen sichtbar darauf hin, daß die ausschließende Beziehung des Ausdrucks auf das Geldbarlehen die eigentliche, ursprüngliche war, und daß man nur durch das Bedürfniß dahin geführt wurde, die weitere Bedeutung anzunehmen, und diese nun als die regelmäßige zu behandeln. — Eben so in *L.* 5 § 3 *de O. et A* (44. 7.), s. u. Num. VII. b. — Derselbe Gedanke, nur in anderer Art ausgedrückt, liegt zum Grunde in *L.* 20 *de jud.* (5. 1.) „Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est ... *quamvis non ex crediti causa debeatur.*"

(b) *L.* 1 *de reb. cred.* (12. 1.) „... credendi generalis appellatio est ... nam cuicumque rei adsentiamur, *alienam fidem secuti*, mox *recepturi* quid ex hoc contractu, credere dicimur."

züglichen Gewicht auf das Vertrauen gelegt wird, ſo muß wohl ein Vertrauen von beſonderer Art gemeynt ſeyn; deſſen Natur nun wird durch folgende Betrachtung klar werden.

Wird eine Geldſumme in verſiegeltem Beutel in fremde Verwahrung gegeben, ſo vertraut der Eigenthümer der Redlichkeit des Andern; Dieſe aber vorausgeſetzt, kann ihm das Schickſal des Vermögens des Empfängers gleichgültig ſeyn. Denn wenngleich Derſelbe verarmt, wird noch immer der verſiegelte Beutel bey ihm gefunden, und durch Vindication dem Eigenthümer gerettet werden. Nicht ſo, wenn dieſelbe Geldſumme als Darlehen gegeben war; denn wenn nun der redliche Empfänger inſolvent wird, ſo iſt das Geld für den Geber verloren. Die höhere Gefahr alſo, der ſich der Geber bey dem Darlehen unterwirft, unabhängig von der redlichen Geſinnung des Empfängers, gründet ſich darauf, daß der Geber das Eigenthum des Geldes veräußert, alſo den in der Vindication enthaltenen Schutz aufgegeben hat.

Daß in der That dieſe Veränderung Grund und Bedingung der condictio iſt, läßt ſich durch folgende Anwendungen außer Zweifel ſetzen. Da wo dem Empfänger kein Eigenthum des Geldes verſchafft wird, entſteht auch keine condictio (c). Iſt der Übergang des Eigenthums

(c) *L.* 2 § 2 *de R. C.* (12. 1.). — Damit hängt auch der Ausdruck aes alienum zuſammen. *L.* 213 § 1 *de V. S.* (50. 16.). „Aes alienum est, quod nos aliis debemus;" nämlich das Geld, welches aus fremdem Vermögen in unſer Eigenthum

durch den Willen des Gebers auf einen ſpäteren Zeitpunkt als den der Tradition verſchoben, ſo entſteht auch die condictio erſt in dieſer ſpäteren Zeit (d). Wird der Anfangs fehlende Erwerb des Eigenthums durch die ſpätere Conſumtion des Geldes ergänzt, ſo entſteht in demſelben Augenblick auch die condictio (e). Überall alſo erſcheint die condictio als der Erſatz, der anſtatt der verlornen Vindication eintritt (f), und daſſelbe ausſchließende, alternative Verhältniß zwiſchen dieſen beiden Klagen findet ſich auch in anderen Rechtsverhältniſſen, außer dem Darlehen, wieder (g).

Dieſer Zuſammenhang der Rechtsverhältniſſe wird noch beſtätigt durch die Ausdrücke in der formula. Bey dem Darlehen lautet die Intentio auf *dare* oportere, das heißt Übertragung des Eigenthums; ſo lange aber der Geber aus irgend einem Grunde das Eigenthum noch nicht verloren hat, iſt es unmöglich, ihm Dieſes zu verſchaffen, weshalb er in dieſer Lage auch nicht auf dare oportere klagen, das heißt keine Condiction haben kann (h). Es iſt

gekommen iſt, und wieder einmal in des Gebers Eigenthum zurück kehren ſoll.

(d) *L.* 8 *L.* 9 § 9 *de R. C.* (12. 1.).

(e) *L.* 13 *pr.* § 1 *de R. C.* (12. 1.), *L.* 29 *de cond. ind.* (12. 6.), § 2 *J. quib. alien.* (2. 8.).

(f) *L.* 11 § 2 *de R. C.* (12. 1.). *L.* 29 *de cond. ind.* (12. 6.), § 2 *J. quib. alien.* (2. 8.).

(g) *L.* 22 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 15 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 3 *C. de cond. ex lege*, (4. 9.), *L.* 5 § 18 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(h) Gajus IV. § 4, § 14 *J. de act.* (4. 6.). In Juſtinians Inſtitutionen iſt freylich dieſe Bemerkung ſehr unpaſſend, die blos für die längſt verſchwundene formularum conceptio Sinn hatte. — Von

derſelbe Grund, welcher die Stipulation in der Formel dare mihi spondes? unmöglich machte, wenn der Glaubiger das Eigenthum der verſprochnen Sache bereits hatte (i).

Der Anſchaulichkeit wegen iſt bisher blos von dem Gelddarlehen geſprochen worden; alles hier Geſagte gilt aber eben ſo von dem Darlehen in anderen verbrauchbaren Sachen, wie Weizen, Wein, Oel u. ſ. w. Die Fälle ſind nur weit ſeltener und für den Verkehr unbedeutender, und kommen daher auch in unſren Rechtsquellen nicht häufig vor; wo ein praktiſches Bedürfniß auf ſolche Geſchäfte führen könnte, wird daſſelbe weit häufiger durch Kauf (etwa durch Gelddarlehen vermittelt), als durch Darlehen in Sachen ſolcher Art befriedigt werden. Bey den Rö-

der Ausnahme bey der condictio furtiva wird weiter unten die Rede ſeyn.

(i) Gajus III. § 99, § 2 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 1 § 10 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 82 *pr. de V. O.* (45. 1.). Dieſes hängt damit zuſammen, daß im ſtreng juriſtiſchen Sinn, namentlich bey Stipulationen und in der Intentio einer Klage, der Ausdruck *rem dare* die unmittelbare Übertragung des Römiſchen Eigenthums bezeichnet, welche bey einer dem Stipulator ſchon gehörenden Sache nicht möglich iſt. *L.* 75 § 10 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 167. *pr. de R. J.* (50. 17.). Eben ſo bezeichnet auch *usumfructum* und *servitutem dare* die vollſtändige Errichtung der Servitut durch in jure cessio. *L.* 19 *de S. P. R.* (8. 3.), *L.* 126 § 1, *L.* 136 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 3 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Neben dieſem techniſchen Sinn des Worts beſteht, hier wie in vielen anderen Fällen, ein vulgärer Sprachgebrauch (juris verba und factum in *L.* 38 § 6 *de V. O.* 45. 1.), nach welchem dare ein jedes Verſchaffen bezeichnet. So kommt ſehr oft *operas* dare vor, ſelbſt in Stipulationen. (Marezoll in Linde's Zeitſchrift X. 250.). In dieſem freyen Sinn wurde in einem Teſtament das dare usumfructum an einem Provinzialgrundſtück ausgelegt, wobey nun die Verpflichtung des Erben auf Übergabe der Sache gieng. *L.* 3 *pr. de usufr.* (7. 1.).

mern war übrigens auch die juriſtiſche Behandlung verſchieden, welches aber erſt weiter unten klar gemacht werden kann.

Es muß aber gleich hier ein möglicher Einwurf entfernt werden. Mit dem Darlehen kommt die fiducia darin überein, daß dem Andern Eigenthum anvertraut wird, welches er künftig wieder geben ſoll (k). Nach der hier aufgeſtellten Lehre alſo müßte aus der fiducia eine Condiction entſpringen, und dennoch entſpringt daraus eine bonae fidei actio (Beyl. XIII. Num. XII.). Es läßt ſich dieſem Einwurf auf folgende Weiſe begegnen; die fiducia muß zwey Klagen, zur freyen Wahl des Klägers, erzeugt haben; eine Condiction, nach dem hier aufgeſtellten Princip: eine b. f. actio, die dann zugleich arbitraria war, weil dieſe das einzige Mittel darbot, dem Kläger die Naturalreſtitution zu verſchaffen (§ 221), worauf er doch, wenn er ſie vorzog, den natürlichſten und billigſten Anſpruch hatte. Es iſt ein ähnlicher Fall wie bey einer Ehefrau, welche die von ihr ſelbſt gegebene Dos zurückfordert; auch Dieſe hat die Wahl zwiſchen einer Condiction (l), und der actio rei uxoriae, welche bonae fidei iſt.

(k) Gajus II. § 59. 60.

(l) *L.* 67 *de j. dot* (23. 3.). Eben ſo hat auch jeder fremde Geber einer Dos die Condiction, wenn er durch Pactum die ſonſt als regelmäßig anzunehmende Schenkung an die Frau ausſchließt. *L.* 43 § 1 *eod.*, *L.* 10 *C. de pactis* (2. 3.), *L.* 1 *C. de pactis conv.* (5. 14.).

VI.

In unmittelbarer Entwicklung ſchließen ſich an das Darlehen diejenigen Fälle an, worin dem Andern eine Sache ohne Übertragung des Eigenthums anvertraut worden iſt, er aber das Eigenthum des Gebers eigenmächtig zerſtört, und ſich dadurch bereichert hat. Seine widerrechtliche Handlung bewirkt hier eine condictio, eben ſo wie dort das höhere Vertrauen des Gegners, da es unnatürlich wäre, wenn er durch ſeine Unredlichkeit in eine günſtigere Lage kommen ſollte, als diejenige, welche ihm das höhere Vertrauen des Gebers verſchafft hätte.

In vollſtändigſter Entwicklung iſt dieſe Regel ausgeſprochen bey dem ſchon oben (Num. V.) erwähnten Fall des Depoſitum. Wer eine Sache in Verwahrung giebt, hat zunächſt noch die Vindication, weshalb er eine Condiction weder bedarf noch bekommt. Wenn aber der Empfänger das deponirte Geld ausgiebt, den deponirten Weizen aufzehrt oder verkauft, ſo hat er des Gebers Vindication zerſtört, und nun tritt an ihre Stelle die Condiction (a).

(a) *L.* 13 § 1 *depos.* (16. 3.). „Competit etiam condictio depositae rei nomine, *sed non antequam quid dolo admissum sit:* non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, *verum quod dolum malum admiserit.*" Der dolus iſt hier die Handlung, wodurch der Depoſitar die Vindication des Gegners unmöglich macht, indem er ſich ſelbſt bereichert; er iſt hier nur beyſpielsweiſe genannt, weil eine ſolche Veränderung ſelten ohne dolus Statt finden wird, nöthig iſt er nicht. Wenn ein Bankier einen verſiegelten Beutel mit Geld als

Daſſelbe, nur in weniger beſtimmten Ausdrücken, wird in vielen ähnlichen Fällen anerkannt, wobey wir ohne Zweifel die nähere Beſtimmung aus der für das Depoſitum gegebenen Vorſchrift ergänzen müſſen. So heißt es, auch das Commodat und das Pfand enthalte ein credere (b), welches nichts Anderes ſagen will, als es entſpringe daraus gleichfalls eine Condiction; verſteht ſich, wenn der Empfänger die ſo gegebene Sache zerſtört hat, denn ſonſt dauert die urſprüngliche Vindication fort, wodurch die Condiction ausgeſchloſſen wird.

Eben ſo ſoll eine Condiction entſtehen können bey Gelegenheit eines Mandats, einer Societät und ähnlicher Geſchäfte, ſo wie auch einer Tutel (c); wobey immer wie-

Depoſitum erhält, dieſer Beutel aber aus Verſehen erbrochen und das Geld in die eigne Kaſſe geworfen wird, ſo entſteht gewiß eine condictio, und doch iſt hier kein dolus vorhanden. Es iſt daher irrig, wenn Manche dieſe condictio ſtets für furtiva halten wollen. — Eben ſo iſt in *L.* 33 *eod.* nur von einer Vindication die Rede, nicht von einer Condiction, weil die Sache noch vorhanden iſt. — *L.* 24 § 2 *de reb. auct. jud.* (42. 5.) „aliud est enim *credere*, aliud *deponere*;" das heißt, das deponere iſt zunächſt, und an ſich ſelbſt, kein credere, folglich nicht Grund einer Condiction; es kann aber dazu werden, theils durch die in der angeführten Stelle enthaltenen beſonderen Umſtände der Übereinkunft, theils in allen Fällen durch die unredliche Handlung des Depoſitars. — Dieſelbe ſcharfe Entgegenſetzung des credere und deponere findet ſich auch in *L.* 4 *de R. C.* (12. 1.).

(b) *L.* 1 *de R. C.* (12. 1.). „ .. ideo sub hoc titulo Praetor et de commodato, et de pignore edixit." *L.* 4 § 1 *eod.* „Res pignori data, pecunia soluta condici potest .." nämlich wenn die allgemeine Bedingung der Condiction vorhanden iſt, ſo daß alſo die Stelle aus der beſtimmteren über das Depoſitum (Note a) ergänzt werden muß (vgl. unten Num. XX. c).

(c) *L.* 28 § 4 *de jurejur.* (12. 2.). „ .. forte si actionem

der hinzu gedacht werden muß, daß der Andere das Geld oder die Waaren, welche ihm aus ſolchen Veranlaſſungen anvertraut wurden, veruntreut, alſo eigenmächtig und wider des Glaubigers Willen aus Deſſen Eigenthum gebracht hat (d).

Daſſelbe ſoll gelten auch bey der negotiorum gestio (Note c); dieſer Fall unterſcheidet ſich von den vorhergehenden noch dadurch, daß der vorige Eigenthümer gar Nichts anvertraut hat, nicht einmal den Beſitz, ſo daß der Geſchäftsführer Alles eigenmächtig an ſich zog, den Beſitz wie das (durch ihn zerſtörte) Eigenthum; der Grund der Condiction iſt derſelbe wie in den vorhergehenden Fällen.

Man ſieht das gewöhnlich ſo an, als habe nun der Kläger die Wahl zwiſchen mehreren auf denſelben Zweck gerichteten Klagen; für genau aber kann dieſe Auffaſſung nicht gelten. Zwar der äußere Erfolg kann zuweilen bey beiden Klagen ganz derſelbe ſeyn; oft aber wird die Condiction nur einen kleinen Theil Desjenigen verfolgen, Was

mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes, jusjurandum exactum sit, *deinde ex iisdem causis certum condicatur*: quia per alteram actionem altera quoque consumitur." Für das Mandat iſt die Möglichkeit der condictio anerkannt auch in *L.* 5 *de exc. rei jud.* (44. 2.). Neben der actio depositi, commodati, tutelae in *L.* 5 *de tutelae* (27. 3.). Neben der a. pro socio, mandati, neg. gestorum, tutelae, und ähnlichen b. f. actiones in *L.* 45, 46, 47 *pr. pro socio* (17. 2.). Neben der a. locati. *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 46 *pro socio* (17. 2.).

(d) Es würde alſo ganz irrig ſeyn, wenn man gegen den Mandatar oder Socius, der uns durch Nachläſſigkeit oder durch Leichtſinn und Übereilung ſchadet, eine condictio geſtatten wollte; hier gilt blos die Contractsklage.

mit der b. f. actio eingeklagt werden kann, und in jedem Fall ist der Entstehungsgrund beider Obligationen völlig verschieden (vgl. § 232.).

VII.

Eine fernere Stufe der Entwicklung des Rechtssatzes findet sich in den zahlreichen Fällen, worin wir dem Andern Eigenthum übertragen, nicht in der Absicht ihm Etwas anzuvertrauen, sondern in einer andern Absicht, die aber entweder gleich Anfangs auf Irrthum beruht, oder hinterher ihren Grund, also ihre Wahrheit verliert, und in Irrthum übergeht. Die wichtigen Fälle dieser Art lassen sich unter den gemeinsamen Namen des Datum ob causam bringen, wobey die causa als eine irrige, ungegründete gedacht werden muß (a). Dahin gehören die Fälle der condictio indebiti, ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam.

In allen diesen Fällen tritt der Irrthum an die Stelle des, dem Darlehen zum Grunde liegenden, Vertrauens; dadurch wird auch auf sie der Begriff des Creditum, und die aus demselben entspringende condictio, anwendbar. Dieser innere Zusammenhang ist nicht etwa willkührlich angenommen, zur Unterstützung des von mir aufgestellten

(a) So ist es nämlich in der Regel; eine abweichende Natur hat die condictio ob turpem causam, worin der Irrthum in der causa zur Begründung der Condiction in manchen Fällen nicht hinreicht, in anderen entbehrlich ist; jenes, wenn dem Geber eine turpitudo vorgeworfen werden kann, Dieses, wenn Derselbe schuldlos ist.

Grundsatzes für die Anwendung der Condictionen; er wird vielmehr bey dem Indebitum, dem häufigsten unter den erwähnten Fällen, ausdrücklich, und an mehreren Orten unsrer Rechtsquellen, anerkannt (b).

Diese wichtige Klasse von Anwendungsfällen der Condiction ist zugleich Grundlage einer ganz neuen Entwicklung geworden. Eine solche irrige Übertragung nämlich aus unsrem Vermögen in ein fremdes läßt sich nicht nur bey dem Eigenthum denken, sondern auch bey allen anderen Arten von Vermögensrechten. Es läßt sich Dieses am Leichtesten anschaulich machen durch folgende, von der condictio indebiti hergenommene, Beyspiele, die sich jedoch eben so auch auf die anderen hier genannten Condictionen anwenden lassen. So kann die irrige Voraussetzung einer Verbindlichkeit die Errichtung eines Niesbrauchs oder einer Prädialservitut, oder auch die Aufhebung solcher Rechte, veranlassen, worauf die Condiction gebraucht werden kann, um die Herstellung des früheren Zustandes zu bewirken. Eben so wenn Jemand eine eigene Schuld contrahirt, oder eine Forderung überträgt, oder eine Schuld erläßt, entweder weil er zu diesen Handlungen unmittelbar verpflichtet zu seyn glaubt, oder weil er damit eine vermeyntliche

(b) *L.* 5 § 3 *de O. et A.* (44. 7.). „Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur*, qua debitores creditoribus .." Eben so Gajus III. § 91, § 1 *J. quib. modis re* (3. 14.), § 6 *J. de oblig. quasi ex contr.* (3. 27.). Alle diese Stellen rühren ursprünglich von Gajus her.

Geldschuld tilgen will (c). Ja sogar eine Arbeit, die geleistet wird, weil man dazu irrigerweise schuldig zu seyn glaubte, kann die Condiction begründen, insofern sich diese Arbeit auf einen bestimmten Geldwerth zurückführen, also mit einer gezahlten Geldsumme vergleichen läßt, die nun zurück gefordert werden kann (d).

VIII.

Auch Dasjenige aber kann condicirt werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigenthum übergeht, sey es daß der Andere durch seine Handlung, oder durch zufällige Umstände, auf meine Kosten bereichert werde. Folgende Fälle sind dahin zu rechnen.

Gegen den Besitzer meiner Sache habe ich zunächst die Vindication, nach verlornem Besitz in der Regel keine Klage. Wenn er jedoch die unentgeldlich erworbene Sache verkauft und sich dadurch bereichert hat, die Sache aber untergegangen ist, so daß ich sie auch nicht mehr gegen einen Dritten vindiciren kann, so habe ich gegen Jenen eine Condiction auf die Summe, um welche er reicher geworden ist (a).

Eben so, wenn die Bereicherung nicht durch Verkauf, sondern durch Verzehren meiner Sache entstanden ist, z. B.

(c) *L.* 4. 10 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 1 *pr.* § 1. 2 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.).

(d) *L.* 26 § 12 *de cond. indeb.* (12. 6.).

(a) *L.* 23 *de R. C.* (12. 1.).

wenn der unredliche Beſitzer meines Landgutes die Früchte verzehrt hat (b).

Die für dieſe Zwecke anwendbare condictio sine causa umfaßt demnach verſchiedenartige Fälle: ſolche, die auf dem freyen Willen des gegenwärtigen Klägers, alſo einem Datum, beruhen (Num. VII.), und ſolche, die durch bloßen Zufall, oder auch durch die Handlung des Beklagten, herbeygeführt ſind (c).

Faſſen wir die bisher dargeſtellten Fälle der Condictionen in einem gemeinſamen Überblick zuſammen, ſo erſcheint darin folgende ſtufenartige Entwicklung des Grund-

(b) *L.* 4 § 2 *fin. reg.* (10. 1.), *L.* 22 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 18 *de except.* (44. 1.), *L.* 55 *in f. de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 4 § 1 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 3 *C. de cond. ex lege* (4. 9.). — Eben ſo, wenn mein Purpur in ein fremdes Kleid eingewirkt und dadurch als ſelbſtſtändige Sache zerſtört wird; gegen den Dieb habe ich die condictio furtiva, gegen den redlichen Beſitzer, der ſich auf dieſe Weiſe bereicherte, gleichfalls eine condictio (sine causa). § 26 *J. de rer. div.* (2. 1.), Gajus II. § 79; (Theophilus giebt unbegreiflicherweiſe auch gegen Den, welcher nicht Dieb iſt, die cond. furtiva. Die Worte: *a quibusdam* aliis possessoribus erklären ſich aus den in dieſer Nummer des Textes vorgetragenen Sätzen; quidam ſind eben die sine causa Bereicherten). — Ferner *L.* 4 § 2 *de R. C.* (12. 1.). „Ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt." Verſteht ſich, wenn die Sachen nicht mehr als ſelbſtſtändig vorhandene vindicirt werden können, zugleich aber auch den Grundbeſitzer bereichert haben.

(c) Darauf deutet *L.* 1 § 3 *de cond. sine causa* (12. 7.). „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum *pervenit*, vel redit ad non justam causam." Der Ausdruck iſt ſo allgemein gefaßt, daß es ganz dahin geſtellt bleibt, ob das pervenire durch den Willen des urſprünglichen Eigenthümers herbeygeführt wurde oder nicht. Eben ſo auch in *L.* 6 *de cond. ob turpem* (12. 5.), und in *L.* 25 *in f. de act. rer. amot.* (25. 2.).

begriffs. Der urſprüngliche Fall der Condiction beſteht darin, daß der Eigenthümer durch anvertrautes Eigenthum das Vermögen des Empfängers erweitert (Num. V.). — Daran reiht ſich der Fall, da zwar nur der Beſitz dem Empfänger anvertraut wird, dieſer aber die Erweiterung ſeines Vermögens durch eigenmächtige Handlung bewirkt (Num. VI.). — Ferner der Fall, worin die Erweiterung des Vermögens zwar durch den Willen des vorigen Eigenthümers herbeygeführt wird, aber nicht aus Vertrauen, ſondern aus Irrthum, welcher nun gleiche Wirkung mit jenem Vertrauen haben ſoll (Num. VII.). — Endlich aber wird die gleiche Wirkung auch auf die grundloſe zufällige Bereicherung des Einen aus dem Eigenthum des Anderen übertragen (Num. VIII.) (d).

Alle dieſe Fälle alſo haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder ſtets ohne Grund war, oder ihren urſprünglichen Grund verloren hat. Da die meiſten und wichtigſten derſelben auf einer freyen Handlung des urſprünglichen Eigenthümers beruhen, woran ſich die übrigen Fälle blos als Erweiterungen aus innerer

(d) Es iſt hierin eine ſehr regelmäßige Entwicklung der Begriffe unverkennbar. An die Condiction aus anvertrautem Eigenthum (Num. V.) ſchließt ſich die aus dem Depoſitum, worin der Empfänger das Eigenthum durch einſeitige Willkühr an ſich zieht (Num. VI.). Ganz eben ſo an die condictio sine causa aus irrigem Geben (Num. VII.) die auf der einſeitigen Willkühr des Bereicherten, ohne vorhergegangenes Geben, beruhende cond. sine causa (Num. VIII.).

Verwandtſchaft anſchließen, ſo kann man die bisher betrachteten Entſtehungsgründe der Condictionen als Datum bezeichnen. Man kann darauf auch den Ausdruck einer grundloſen Bereicherung des Andern aus unſrem Vermögen anwenden, wenn nur der Begriff der Bereicherung auf eine, gerade dieſem Verhältniß angemeſſene, Weiſe begränzt wird. Es kommt nämlich darauf an, daß dem Übergang eines Rechts aus einem Vermögen in ein anderes die causa entzogen ſey, oder ſtets gefehlt habe; ſo iſt es bey dem Darlehen nach der Kündigung, oder bey dem irrig bezahlten indebitum. Anders bey einem wohlfeilen Kauf, wobey zwar auch der Käufer auf Koſten des Verkäufers bereichert wird, jedoch ohne daß irgend ein Mangel in der causa wahrzunehmen iſt, indem der hier obwaltende Irrthum gar nicht die causa, d. h. den Rechtsgrund der Veränderung, betrifft, ſondern nur die materielle Werthſchätzung, die ganz außer dem Rechtsgebiet liegt. Noch ſichtbarer iſt Dieſes bey der Schenkung, die ſtets eine Bereicherung in ſich ſchließt, und dabey auf bloßer Laune und Willkühr, oder auf irrigen Beweggründen beruhen kann, weshalb man ſie für ein datum sine causa (grundloſe Bereicherung) halten könnte. Allein das Juriſtiſche dabey iſt lediglich die Abſicht zu ſchenken, die donationis causa, in welcher ſelbſt unter jenen Vorausſetzungen kein Mangel erſcheint, da jene an ſich mangelhaften Beweggründe mit dem Rechtsgebiet keine Berührung haben.

Eben ſo iſt es aber auch nöthig, daß Dasjenige, welches

dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will (e).

IX.

Ein fernerer Fall, worin die Anwendung einer condictio keinem Zweifel unterliegt, ist die alte literarum obligatio oder die expensilatio. Justinian weißt darauf deutlich hin, indem er der an die Stelle derselben, freylich nicht sehr passend, eingeschobenen neuen literarum obligatio gleichfalls die Wirkung einer condictio zuschreibt, wodurch er offenbar eine gleiche Wirkung beider Rechtsinstitute behaupten, und so den Rang rechtfertigen will, den er dem neu erfundenen Institut zuschreibt (a). — Eben so wird die expensilatio von Cicero mit dem Gelddarlehen und der Stipulation in solcher Weise auf gleiche Linie gestellt, daß er diesen drey Rechtsgeschäften die ausschließende Kraft zuschreibt, eine certi petitio hervor zubringen, welches gerade dieselbe Klage ist, die in unsren Rechtsquellen certi *condictio* genannt wird (b). — In einer anderen Stelle erzählt Cicero die Geschichte eines Kaufcontracts, worin der Verkäufer den Käufer betrogen hatte. Dem Käufer war hier nicht zu helfen, sagt Cicero, weil damals

(e) *L.* 55 *de cond. ind.* (12. 6.), worin dieser Gegensatz besonders scharf hervorgehoben ist; am bestimmtesten in den letzten Worten der Stelle.

(a) *pr. J. de lit. oblig.* (3. 21.). „ .. Sic fit, ut hodie .. scriptura obligetur, *et ex ea nascitur condictio* ..."

(b) Beylage XIII. Num. XI. a.

Aquillius noch nicht die doli actio eingeführt hatte. Man begreift nicht, warum nicht dem Käufer schon durch die bonae fidei Natur der actio emti (wenn er klagte) oder venditi (wenn er verklagt wurde) geholfen werden konnte. Allein Cicero sagt, nachdem er den Kauf selbst erzählt hat: „*Nomina facit*, negotium conficit." Nun also wurde gegen den Käufer nicht mehr mit der actio venditi, sondern aus der Expensilation, mit der Condiction geklagt, und diese war stricti juris (b[1]). — Endlich hat sich auch in den Digesten eine unverkennbare Spur dieser Wirkung des alten Rechtsinstituts erhalten (c).

Dieser Fall nun scheint auf den ersten Blick mit dem Darlehen, welches oben für die Grundlage der Condictionen erklärt worden ist, in gar keinem Zusammenhang zu stehen. Denn bey dem Darlehen verschafft der Glaubiger dem Schuldner Eigenthum einer Geldsumme, um künftig an einer gleich großen Summe Eigenthum zurück zu bekommen; bey der expensilatio wird kein Eigenthum gegeben, kann also auch ein solches nicht zurück verlangt werden, vielmehr ist das künftig zu Leistende etwas ganz

(b[1]) Cicero de officiis III. 14. — Vgl. Beylage XIII. Num. XVI.

(c) *L.* 1 *de ann. leg.* (33. 1.). „Cum in annos singulos quid *legatum* sit ... sicuti ex *stipulatione*, *aut nomine facto* petatur." Aus Stipulationen und Legaten aber entsprangen unzweifelhaft Condictionen. Die Erwähnung der alten nomina in dieser Stelle kann übrigens nur als ein Versehen der Compilatoren angesehen werden. Vgl. auch die unten Num. X. h. angeführte Stelle aus *L.* 3 § 3 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

Neues, deſſen Nothwendigkeit blos auf dem in gewiſſer Form ausgeſprochenen Willen der Parteyen beruht.

Und dennoch iſt gerade hier der innere Zuſammenhang ganz unläugbar.

Gajus beſchreibt die expensilatio, als Entſtehungsform einer beſonderen Art von Obligationen, alſo. Wenn ich in meinem Hausbuch, welches alle meine Geldgeſchäfte enthält (d), einem Anderen eine Summe Geldes als expensum, das heißt als an ihn gezahlt, eintrage, ſo liegt dabey entweder ein wirkliches Darlehen zum Grunde oder nicht. Im erſten Fall hat die Eintragung gar keine eigenthümliche Wirkung, vielmehr entſteht hier aus dem Darlehen ſelbſt dieſelbe Obligation, die auch ohne Eintragung entſtanden ſeyn würde (e). Anders im zweyten Fall, in welchem die bloße Eintragung als ſolche, Entſtehungsgrund einer ſelbſtſtändigen Obligation iſt, nämlich derſelben ſchon oben nachgewieſenen condictio, die auch aus dem Darlehen und aus der Stipulation entſteht (f). Dieſes geſchah nun zu zweyerley Zwecken. Erſtlich, um irgend einer anderen Schuld, die aus Kauf, Miethe, Societät u. ſ. w. entſtanden ſeyn mochte, dieſe ſtrengere Natur mitzutheilen, oder mit anderen Worten, um die b. f. actio

(d) Vgl. über die alten Hausbücher (codices expensi, accepti) beſonders Cicero pro Roscio Com. C. 2. 3. 5, in Verrem I. 23. 36, pro Cluentio C. 14. 30. Eine genauere Darſtellung dieſes Rechtsgeſchäfts enthält: Savigny Literalcontract, Memoiren der Berliner Akademie vom J. 1816.

(e) Gajus III. § 131.

(f) Gajus III. § 128.

in eine condictio umzuwandeln (g). Zweytens, um eine Schuld von Einem Schuldner auf einen andern zu übertragen, indem alſo dem neuen Schuldner (mit deſſen Einwilligung) eine Summe Geldes als an ihn baar gezahlt, eingetragen wird, die er in der That nicht empfangen hat (h).

Was iſt nun das Weſentliche in dieſen Geſchäften, die uns zunächſt als leere Formen erſcheinen? Hätte ich dem Andern die Summe, die ich ihm blos als gegeben eingetragen habe, wirklich gegeben, und zwar nicht um zu ſchenken, oder eine Schuld abzutragen, ſondern um eine gleiche Summe von ihm künftig zu fordern, ſo würde das Geſchäft unzweifelhaft ein Gelddarlehen geweſen ſeyn. Indem nun das Geld nicht wirklich gegeben, ſondern nur als gegeben eingetragen iſt, ſo liegt dem ganzen Hergang die unzweifelhafte Abſicht zum Grunde,

> irgend ein Rechtsverhältniß, durch den bloßen Willen der Parteyen, ſo zu behandeln, als ob es ein Gelddarlehen wäre.

Indem nun aber die eigenthümliche Wirkung der expensilatio eine condictio war, und dieſe Wirkung allein das Intereſſe darbieten konnte, um deſſen Willen dieſer künſtliche Weg eingeſchlagen wurde, ſo liegt hierin eine

(g) Gajus III. § 129. „A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod modo ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, *id expensum tibi tulero.*"

(h) Gajus III. § 130. „A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, *tibi id expensum tulero*, id est si Titius te delegaverit mihi."

einleuchtende Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, daß das Darlehen recht eigentlich als Grund und Bedingung einer anwendbaren Condiction angesehen werden muß.

Nach dieser Entwicklung kann man die expensilatio nicht treffender bezeichnen, als indem sie ein fingirtes Geld-darlehen nennt.

In Justinians Recht ist die expensilatio verschwunden, und wenn er scheinbar eine neue literarum obligatio (nämlich den gewöhnlichen Schuldschein nach verjährter exceptio non numeratae pecuniae) an ihre Stelle setzt, und auch dieser eine Condiction als Folge beylegt (Note a), so darf Dieses dennoch nicht als ein neues, die Anwendung der Condictionen wirklich erweiterndes, Rechtsinstitut angesehen werden. Denn in allen Fällen dieser Art ist ohnehin von Anfang an eine Condiction (meist aus einem Darlehen) vorhanden, und das Neue, welches aus der eben erwähnten Verjährung folgt, betrifft nicht die Natur der Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur den Beweis der streitigen Thatsachen. Es wäre daher eine eben so gezwungene, als unfruchtbare Ansicht, wenn man, von jener Verjährung an, die alte Condiction (aus dem Darlehen) als untergegangen, und eine neue (aus der Schrift) als an ihre Stelle tretend, ansehen wollte. Eine so buchstäbliche Behandlung der Worte Justinians ist überall nicht zu rechtfertigen.

X.

Noch wichtiger ist die Stipulation, das heißt der auf der Übereinstimmung mündlicher Frage und Antwort beruhende Vertrag, dessen Anwendung das einzige allgemein zureichende Mittel für die Römer war, jedem beliebigen Stoff vollständige Wirksamkeit vor Gericht zu verschaffen (Beyl. XIII. Num. XI.). Daß nun in der That jede Stipulation eine Condiction zur Folge hatte, ist unzweifelhaft (a). Hierin scheint aber eine Widerlegung der oben aufgestellten Grundansicht für die Condictionen zu liegen, indem die Stipulation auf eine versprochene neue Leistung, nicht auf ein Zurückgeben, gerichtet ist, also gar keine Analogie mit dem Darlehen zu haben scheint.

Dennoch halte ich auch hier denselben Zusammenhang mit dem Darlehen für gewiß, welcher so eben für die litterarum obligatio nachgewiesen worden ist. Wie nämlich diese letzte nichts Anderes ist, als die freywillige schriftliche Unterwerfung unter die Folgen, die außerdem in der Natur des Darlehens gegründet sind, so ist die Stipulation eine freywillige mündliche Unterwerfung ganz gleicher Art. Durch beide Handlungen wird also die dem Darlehen natürliche Wirkung mit Willkühr und künstlich herbeygeführt, und man kann beide als die Fiction eines

(a) *L.* 9 § 3 *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.), *pr J. de V. O.* (3.15.). — Der Einwurf, den man dagegen aus dem Namen der actio ex stipulatu versuchen möchte, wird weiter unten beseitigt werden.

Darlehens bezeichnen. Diese Behauptung ist nunmehr zu beweisen.

Paulus sagt in *L.* 2 § 5 *de R. C.* (12. 1.):

Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione (b).

Diese Bemerkung steht am Ende einer Reihe von Betrachtungen (*L.* 1. 2 *eod.*) über den Begriff von Credere, als Grundlage der Condictionen. Was heißt nun hier verbis *credimus?* Man könnte es verstehen von einem allgemeinen Vertrauen in des Andern Zuverlässigkeit, welches freylich bey keinem Vertrag gänzlich fehlen wird. Allein dieses allgemeine, unbestimmte Vertrauen findet sich ja auch bey dem Kauf und der Miethe, und doch heißt es niemals: consensu credimus, ja es ist Nichts gewisser, als daß auf die Erfüllung dieser Contracte keine Condictionen möglich waren. Noch mehr persönliches Vertrauen findet sich bey dem Depositum, und doch wird hier, so lange nicht Consumtion eintritt, die Condiction versagt, ja es heißt ausdrücklich: *aliud* est enim credere, *aliud* deponere (Num. VI. a.). Also will offenbar Paulus der Stipulation ein Credere im höheren Sinn, wodurch sie dem Darlehen verwandt, und von den Consensualcontracten unterschieden wird, zuschreiben; Dieses ist aber nur

(b) Neuerlich ist folgende Erklärung dieser Stelle versucht worden, die ich als gezwungen gänzlich verwerfen muß: das credere sey hier nicht die Handlung des Stipulator, sondern die des Promissor, welcher sich durch die Stipulation zum Schuldner mache, also dieses nomen aus seinem Vermögen weggebe, und dem Gegner anvertraue. Liebe Stipulation S. 364.

möglich unter Voraussetzung der oben aufgestellten Behauptung. Der Sinn der Stelle, welchen ich hier darzulegen gesucht habe, wird noch anschaulicher, wenn man sich etwa den Verfasser in folgenden Worten fortfahrend denkt: *Literis quoque credimus*, si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis nobis debeatur, expensum tulerimus (c).

Eine Bestätigung erhält diese Erklärung durch folgende von Scävola und Ulpian herrührende Stellen. Das Sc. Macedonianum hatte wörtlich verordnet, es solle Keiner eine Klage erhalten „qui filiofamilias mutuam pecuniam *dediset*" (d). Daraus hatten die Juristen diese Regel formulirt: „filiofamilias *credi non licere*." Nun sagt Scävola, wenn die Stipulation noch während der väterlichen Gewalt geschlossen, das Geld aber erst nach deren Auflösung ausgezahlt werde, so sey das Senatusconsult dennoch nicht anwendbar, obgleich der in jener Regel vorkommende Ausdruck oredi auch schon auf die Stipulation bezogen werden könnte (e). — Dasselbe sagt, nur noch ausführlicher, Ulpian (f), dessen Stelle folgenden Gedanken ausdrückt: Das Senatusconsult darf nicht angewendet werden auf Schulden überhaupt, wie Kauf oder Miethe;

(c) So lautet, mit Veränderung weniger Worte, Gajus III § 129.

(d) *L.* 1 *pr. de Sc. Mac.* (14. 6.).

(e) *L.* 4 *de Sc. Mac.* (14. 6.). „Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias *credi non licere*, non ad verba referendum est, sed ad numerationem," verbunden mit dem vorhergehenden *L.* 3 § 5 *eod.*

(f) *L.* 3 § 3 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

ja nicht einmal auf alle Fälle, welche unter den wahren Begriff des Credere fallen; vielmehr erkannte der Senat nur in dem den Söhnen gegebenen baaren Geld eine Gefahr für das Leben der Väter (g). Wenn daher eine durch Kauf entſtandene Schuld des Sohnes vermittelſt einer expensilatio in ein creditum verwandelt wird, ſo iſt das Senatusconſult dennoch nicht anwendbar, und eben ſo wenn dieſe Verwandlung durch eine Stipulation geſchieht (h); denn obgleich in dieſen beiden Fällen eine wahre Darlehensſchuld entſteht, ſo geſchieht es doch nicht durch gegenwärtige Baarzahlung (i), welches Geſchäft allein dem Senat ſo gefährlich erſchien.

Daß die Handlung des Stipulator ein wahres Credere, im techniſchen Sinn des Worts, war, ſagt auch unmittelbar Quinctilian (k), und indirect Gajus; denn Dieſer erwähnt die stipulatio tertiae partis bey der Klage de pecunia certa *credita* (l); wir wiſſen aber aus Cicero, daß dieſe Sponſion die drey Fälle, adnumeratio, expensilatio,

(g) „nam *pecuniae datio* perniciosa parentibus eorum visa est."

(h) „et ideo *et si in creditum abii* filiofamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, *et si stipulatus sim* ... cessat Senatusconsultum."

(i) „*licet coeperit esse mutua* pecunia, tamen quia pecuniae *numeratio* non concurrit, cessat Senatusconsultum.

(k) *Quinctilian.* Lib. 4 C. 2 p. 319 ed. Burmannn. „certam *creditam* pecuniam peto *ex stipulatione*." Über die verſchiedene Art, wie hierbey die Formel gefaßt ſeyn konnte, ſ. u. Num. XXXII.

(l) Gajus IV. § 171 „ex quibusdam causis sponsionem facere permittit, velut de pecunia certa credita ... sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis." Vgl. IV, § 13.

stipulatio, gleichmäßig umfaßte (m), welche also insgesammt unter dem Ausdruck *credita* pecunia verstanden waren.— In einer anderen Stelle (III. § 124) sagt derselbe Gajus, eine L. Cornelia verbiete höhere Bürgschaften als auf 20000 Sesterze: „vetatur in ampliorem summam obligari *creditae pecuniae*, quam in XX. milium." Zur Erläuterung dieses Verbots macht er zwey Bemerkungen. Erstlich: „pecuniam autem *creditam* dicimus non solum eam, quam credendi causa *damus*, sed omnem, quam certum est debitum iri," und namentlich gehöre also dahin auch die durch Stipulation versprochene pecunia. Zweytens: „Appellatione autem *pecuniae* omnes res *in ea lege* significantur;" als Beyspiele giebt er an: Wein, Weizen, ein Grundstück, ein Sklave. Hier ist nun ganz augenscheinlich, daß er die ausgedehnte Bedeutung von pecunia als eigenthümlichen Sprachgebrauch dieses Gesetzes angiebt, dagegen die Bedeutung von credere, da es nicht auf das bloße Geben beschränkt ist, sondern die Stipulation mit umfaßt, als den regelmäßigen juristischen Sprachgebrauch.

Durch die hier nachgewiesene Bedeutung des Ausdrucks credere erhalten ein ganz eigenthümliches Licht Zwey Stellen der Lex Galliae cisalpinae Cap. XXI. XXII., in welchen zuerst die Rede ist von der pecunia certa credita *signata forma publica populi Romani*, und nachher von: quid praeter pecuniam certam creditam *signatam forma*

(m) Cicero pro Roscio Comoedo C. 4. 5.

publica populi Romani. Wäre blos gesagt worden: pecunia certa credita, so hätte darunter, nach den so eben angeführten Stellen, auch jede aus Expensilation oder Stipulation entstandene Geldschuld verstanden werden müssen. Die Absicht gieng aber dahin, lediglich die aus einem Darlehen in baarem, gemünztem Geld entstandene Schuld von allen übrigen Forderungen in der Behandlung zu unterscheiden, und diese Absicht wurde durch die hinzugefügten Worte ausgedrückt, in welchen der Gedanke auf das sinnlich wahrnehmbare Object, das der Obligation zum Grunde liegt, gelenkt wird. Das Bedürfniß einer so umständlichen Bezeichnung zeigt deutlich, daß die technische Bedeutung des Ausdrucks *credita* pecunia umfassender war, als der hier ausschließend gemeynte Fall. Der hier gewählte Zusatz hatte also denselben Zweck wie der Ausdruck *adnumerata* pecunia bey Cicero, im Gegensatz der expensa lata und stipulata, welcher von ihm absichtlich anstatt des Ausdrucks *credita* gewählt war.

Ja sogar der öfter vorkommende Ausdruck pecunia *certa* credita kann schon zum Beweise dienen, daß unter *credita* pecunia neben dem Darlehen auch zugleich die Stipulation verstanden werden muß. Bey dem Darlehen allein wäre jener Ausdruck völlig pleonastisch, da das geliehene Geld stets eine gewisse Summe ist (n). Der Zusatz certa bekommt

(n) Man wende nicht ein, daß im Vertrauen auf die Redlichkeit des Empfängers auch ungezähltes Geld ausgeliehen werden könne. Kann der Creditor gar keine Summe angeben, auch nicht einmal als

nur Bedeutung durch die Beziehung auf die Stipulation, da dieſe bald certa, bald incerta pecunia zum Gegenſtand haben kann.

Einige andere Beſtätigungen der hier aufgeſtellten Anſicht von der Stipulation will ich nur kurz andeuten, da ich ſie ſchon an einem andern Ort weiter ausgeführt habe (o). Die älteſte und wahrſcheinlichſte Etymologie von Stipulatio iſt die von Stips, Geld (p), ſo daß Stipulatio wörtlich ein Geldgeſchäft heißt, welches ſich ungezwungen nur dann rechtfertigen läßt, wenn man in ihr zugleich die Fiction einer durch Gelddarlehen entſtandenen Verpflichtung anerkennt. — Damit ſtimmt aber auch ganz beſonders die wahrſcheinliche Entſtehung der Stipulation zuſammen. Die Zwölf Tafeln hatten im Allgemeinen dem Nexum eine bindende Kraft beygelegt, und damit die nexi obligatio begründet, welche nichts Anderes war, als ein ſymboliſches Gelddarlehen, wie die Mancipation ein ſymboliſcher Kauf, beide mit ſcheinbar zugewogenem Geld. Als ſpäter die nexi obligatio durch die Lex Poetelia abgeſchafft wurde, und doch eine allgemeine Contractsform nicht entbehrt werden konnte, ließ man aus der nexi obligatio die ſymboliſche Handlung weg, behielt aber die mündliche Frage und Antwort bey. Das ſo entſtandene

ein Minimum, ſo hat er keine Klage, und muß ſich mit dem Erfolg ſeines Vertrauens begnügen.

(o) Savigny über das altrömiſche Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Akademie von 1833.

(p) Varro de lingua lat. Lib. 5 § 36, Festus v. stipem.

Geschäft war die Stipulation, deren juristischer Character nun durch ihren Ursprung bestimmt wurde. Daher erscheint sie als ein dem Darlehen verwandtes, aus ihm entsprungenes, Geschäft, und sie hat mit demselben die Erzeugung der Condiction eben so gemein, wie die expensilatio. Eine nicht undeutliche Hinweisung auf diesen historischen Zusammenhang der Stipulation, und diesen Grund des in ihr enthaltenen credere, finde ich in den Worten der oben abgedruckten L. 2 § 5 de R. C. „*quodam actu* ad obligationem comparandam interposito, *veluti* stipulatione." Die allgemein lautenden Worte quodam actu, so wie das verbindende veluti, weisen darauf hin, daß die Stipulation nicht der einzige Fall dieser Art war, dann aber bleibt uns neben derselben kein anderer Fall vorauszusetzen übrig, als die alte nexi obligatio, von deren Aufhebung wir bestimmte Nachricht haben, und die in der ursprünglichen Stelle des Paulus (ehe sie unter die Hände der Compilatoren kam) noch deutlicher bezeichnet gewesen seyn mag.

Mit dem hier dargestellten historischen Zusammenhang ist aber noch ein zweyter wohl vereinbar. Es ist möglich, daß schon vor der L. Poetelia die eben beschriebene Umbildung der nexi obligatio in die Stipulation, zum Gebrauch der Peregrinen in Rom, vorgenommen wurde. War Dieses der Fall, so hatte die L. Poetelia, indem sie für die Römer die nexi obligatio aufhob, blos die Folge, daß die bisher von den Peregrinen angewendete freyere

Geschäftsform nun auch von den Römern angenommen wurde. Das Andenken der alten Verschiedenheit erhielt sich in der stets fortdauernden Regel, daß die Formel dari spondes? spondeo nur von Römischen Bürgern angewendet werden könne (q).

XI.

Endlich findet sich noch eine, von den bisher erklärten ganz verschiedene, Veranlassung der Condiction in dem legatum per damnationem. Daß hier in der That eine Condiction zulässig war, ist nach mehreren Stellen unzweifelhaft (a). Eben dahin deutet die sehr häufige Verbindung, worin die Klagen aus einer Stipulation und aus einem Testament neben einander genannt werden (b).

Auch diese Anwendung scheint wiederum der oben aufgestellten Grundlage der Condictionen zu widersprechen, da der Legatar keineswegs Dasjenige, Was er früher gehabt hat, wieder bekommen, sondern vielmehr etwas ganz Neues erwerben will. Allein dieser Einwurf läßt sich auf ähnliche Weise, wie der aus der Stipulation ent-

(q) Gajus III. § 93.

(a) *L.* 9 § 1 *de R. C.* (12. 1.) „Competit haec actio (nämlich die certi condictio) etiam ex legati causa." — Gajus II. § 204 „legatarius in personam agere debet, *id est intendere, heredem sibi dare oportere;*" daß Dieses eine Hauptform der Condiction war, wird noch unten gezeigt werden.

(b) *L.* 23 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 6 *de in litem jur.* (12. 3.), *L.* 27 *de solut.* (46. 3.) u. s. w. Vgl. Gans Obligationenrecht S. 31.

nommene, und vielleicht selbst mit noch größerer Entschiedenheit, beseitigen.

Die Grundlage des alten Civiltestaments war das Nexum, und aus ihm war die Kraft jeder im Testament enthaltenen Bestimmung abzuleiten. Der Erbe wurde daher angesehen, als hätte er durch nexi obligatio contrahirt, und indem der Legatar aus diesem, auch für ihn geschlossenen, Contract klagte, mußte seine Klage, eben so wie die aus einer Stipulation entspringende, die Natur einer Darlehensklage, also einer Condiction, annehmen.

Dieser Zusammenhang läßt sich hier sogar unmittelbar nachweisen. Die nexi liberatio war die Auflösung einer durch nexi obligatio gegründeten Verpflichtung (c). Nun aber war für den Legatar, der den Erben von einem damnationis legatum frey geben wollte, die nexi liberatio die eigentliche Rechtsform (d); daher mußte auch die ursprüngliche Verpflichtung des Erben gegen ihn auf einer nexi obligatio beruht haben.

Allerdings paßt nun diese Herleitung der aus den Legaten entspringenden Condictionen unmittelbar nur auf das Civiltestament, und doch haben wir keinen Grund, bey prätorischen Testamenten die Zulässigkeit jener Condiction in Zweifel zu ziehen. Allein auch in anderen Stü-

(c) Gajus III. § 173.

(d) Gajus III. § 175. Nach dieser Stelle war es streitig, in welchen Fällen des Legats die nexi liberatio anwendbar sey; vielleicht bezog sich dieser Streit auch auf die Natur der anzuwendenden Condictionen (certi oder incerti).

ken wurden die aus der Natur des Civiltestaments entsprungenen Rechtsregeln ohne Weiteres auf das prätorische Testament übertragen; so namentlich die Nothwendigkeit der testamenti factio in der Person des Testators, des Erben, der Legatare, und der Zeugen, obgleich diese ursprünglich auch nur in der Form der Mancipation ihren Grund hatte.

XII.

Die bisher dargestellten Fälle der Anwendung sind insgesammt auf das allgemeine Princip der Condictionen zurückgeführt worden. Es bleiben jetzt noch Zwey Fälle übrig, die von diesem Princip nicht abzuleiten sind, und daher als Anomalieen angesehen werden müssen. Der sehr geringe Umfang der darin enthaltenen Abweichungen würde allein schon den Zweifel beseitigen, der hieraus gegen die Richtigkeit des Princips selbst erhoben werden könnte; es kommt aber hinzu, daß in dem wichtigsten dieser Fälle die Ausnahmenatur von den Römern selbst ausdrücklich anerkannt wird, wodurch derselbe vielmehr zur Bestätigung als zur Widerlegung des Princips dient. Diese beiden Fälle sind die condictio ex lege und die condictio furtiva.

Die Natur der condictio ex lege wird von den Römern selbst so angegeben:

L. 1 *de cond. ex lege* (13. 2.). (Paulus.)

Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum

eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Die letzten Worte sprechen freylich nicht ausdrücklich von einer Condiction; in Verbindung mit der Überschrift des Titels muß aber unzweifelhaft eine solche Klage unter den Worten agendum est verstanden werden.

Es ist nicht zu sagen, welcher Misbrauch von manchen neueren Schriftstellern mit diesem Namen getrieben worden ist. Wo man nur ein Klagrecht fand, das man nicht auf anerkannte Rechtsregeln zurück zu führen wußte, theilte man ihm jenen Namen mit, und setzte etwa die Zahl und Rubrik der Digestenstelle bey, woraus das Daseyn des Klagrechts bewiesen werden sollte (a). Es war nun ein höchst bequemer Name geworden, um alle Klagen zu bezeichnen, wofür man gerade keinen anderen Namen kannte, und es war ganz consequent, diesen Namen mit dem der actio in factum abwechslend zu gebrauchen (b), obgleich kaum im ganzen Römischen Recht ein stärkerer Widerspruch zu finden ist, als zwischen diesen beiden Arten von Klagen. Indem man diese Bequemlichkeit auf neueres Recht übertrug, sprach man auch von einer condictio ex canone, ex statuto, ex moribus. — Es wird jetzt kaum mehr nöthig seyn zu bemerken, daß Paulus nur an Klagen aus Volksschlüssen dachte, also nicht an solche, die

(a) So z. B. condictio ex L. 32 de reb. cred., auch wohl condictio Juventiana genannt.

(b) Vgl. oben B. 3 § 136. f. Glück B. 13 S. 238.

aus dem Edict oder durch die fortbildende Interpretation der Juriſten entſtanden waren; dagegen iſt es ganz in ſeinem Sinn, wenn wir auch diejenigen Klagen mit hinzu rechnen, die erſt nach der Zeit des Paulus durch kaiſerliche Edicte eingeführt wurden, und es wird ſich ſogleich zeigen, daß Juſtinian dieſe Conſequenz in mehreren Fällen ausdrücklich anerkannt hat.

XIII.

Paulus verlangt aber ferner zur Anwendung der condictio ex lege, daß die Klage lege *nova* eingeführt ſey; welches iſt nun hier die Gränze der alten und neuen leges, und worin liegt der Grund dieſer Einſchränkung?

Manche haben geſagt, Paulus meyne alle Volksſchlüſſe, die nach den Zwölf Tafeln erlaſſen waren (a); dann wären ausgeſchloſſen die in den Zwölf Tafeln eingeführten furti actiones, dagegen müßte die actio L. Aquiliae eine condictio ex lege genannt werden, die doch durchaus keine Condiction war, welches unten dargethan werden wird (b). Paulus dachte ohne Zweifel an die wichtige Veränderung, die in Folge der L. Aebutia vorgegangen war, indem da-

(a) Glück B. 13 S. 252.

(b) Ich darf kaum erwarten, daß Jemand die Einwendung verſuchen möge, die L. Aquilia gebe deswegen nicht Veranlaſſung zu einer condictio ex lege, weil ſie ja das anzuwendende genus actionis ausdrücklich beſtimmt habe, nämlich eben die bekannte actio Legis Aquiliae. Wenn Dieſes als Beſtimmung des genus actionis gelten dürfte, ſo wäre, nach der Angabe des Paulus, überhaupt keine condictio ex lege möglich geweſen, da es keinen Römiſchen Volksſchluß gab, der nicht mit einem ſolchen perſönlichen Namen hätte bezeichnet werden können.

mals durch das Edict des Prätors für alle gangbare Klagen eigene formulae aufgestellt wurden. Solche formulae waren nun gewiß für alle aus früheren Volksschlüssen entspringende Klagen gegeben; wenn aber nachher ein Volksschluß eine neue Klage einführte, ohne ihr zugleich eine Klagform anzuweisen, so gab man ihr ohne Weiteres die condictio ex lege, das heißt die Intentio: dare (oder dare facere) oportere, ohne Rücksicht darauf, ob das allgemeine Condictionenprincip diese Anwendung rechtfertigte oder nicht. Dem Princip nach konnte nur in der oben entwickelten Reihe von Fällen ein oportere, das heißt das Daseyn einer wahren Obligation nach jus civile, behauptet werden; allein wenn ein Volksschluß (oder späterhin ein Kaisergesetz) eine solche Obligation neu einführte, so war natürlich ihr Daseyn nicht weniger gewiß, als wenn sie aus jenem Princip hätte abgeleitet werden können.

Hierin liegt der Erklärungsgrund der Anomalieen, die etwa in der Anwendung der condictio ex lege wahrgenommen werden mögen. Welchen sparsamen Gebrauch die Römer davon gemacht haben, wird sich gleich zeigen.

Die eben versuchte chronologische Bestimmung führt nun allerdings nicht weit, da wir das Jahr der L. Aebutia eben so wenig kennen, als das der meisten älteren Volksschlüsse.

Ich will jetzt die wenigen sicheren Anwendungen der condictio ex lege angeben.

Nur ein einziger Volksschluß kann dahin gerechnet wer-

den. Nach der L. Julia de adulteriis ſollte, im Fall der Freyſprechung, dem Eigenthümer der durch die Folter getödteten oder beſchädigten Sklaven Erſatz gegeben werden; wenn der Sklave blos Zeuge war, einfacher Erſatz, wenn er ſelbſt des Ehebruchs beſchuldigt war, doppelter Erſatz. Dabey wird ausdrücklich hinzugeſetzt: per condictionem *quae ex lege descendit* (c). Dieſe Anwendung der Condictionen liegt völlig außer dem Condictionenprincip, da der Werth des verletzten Sklaven gar nicht in das Vermögen Desjenigen gekommen war, welcher jetzt den einfachen oder doppelten Erſatz leiſten ſollte.

Wenn ein Kläger ſeine Forderung übertreibt, und dadurch dem Beklagten unnöthige Prozeßkoſten zuzieht, ſo ſoll er nicht nur Entſchädigung zahlen, ſondern auch noch die zweyfache Summe derſelben als Strafe zulegen, und bey dieſer Vorſchrift Juſtinians heißt es ausdrücklich: ex lege condicticiam emanare (d). Auch dieſe Klage liegt ganz außer dem Princip der Condictionen.

Ein ähnlicher Ausdruck wird gebraucht, wenn der Kläger mit der hereditatis petitio abgewieſen wird, nachdem er vorher Erbſchaftsſchulden aus ſeinem Vermögen ausbezahlt hatte. Dieſe ſoll er von dem wahren Erben (gegen welchen er ohne Erfolg geklagt hatte) wieder fordern können „negotiorum gestorum, *vel ex lege condictione*" (e).

(c) *L.* 27 § 15, 16 *L.* 28 *ad L. J. de adult.* (48. 5.).
(d) § 24 *J. de act.* (4. 6.).
(e) *L.* 12 § 1 *in f. C. de pet. hered.* (3. 31.). — Außerdem kann ohne Zweifel der abgewieſene Kläger die gezahlte Summe von dem Empfänger zurück fordern mit der

Hier möchte jedoch die gewöhnliche condictio sine causa ausreichen, da unstreitig der wahre Erbe den Werth dieses ausgelegten Geldes in sein Vermögen bekommen hat, so daß in dieser Stelle der Name unrichtig angewendet zu seyn scheint.

Kein Bedenken hat ferner die Anwendung der condictio ex lege, wenn durch nudum pactum, ohne Stipulation, entweder eine Dos versprochen wird (f), oder eine Schenkung (g). Für beide Fälle nämlich sind durch die hier angeführten Kaisergesetze Klagen neu eingeführt worden, die sich auf das allgemeine Condictionenprincip nicht zurückführen lassen, und es ist ganz zufällig, daß der Name condictio ex lege in diesen Stellen nicht gebraucht wird.

Eben so ist die Klage, womit die Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zurückgefordert wird, als eine condictio ex lege anzusehen. (System § 169.)

XIV.

Für ungewiß halte ich die Anwendung der condictio ex lege bey der Klage ex lege Cornelia de injuriis (a); wir wissen nämlich nicht, ob dieser Volksschluß in dem

condictio indebiti, welches hier nur nicht erwähnt ist, und in welchem Fall der wahre Erbe gar nicht befreyt wird (*L.* 19 § 1 *de cond. indeb.* 12. 6.). Es wird also hier vorausgesetzt, daß es der Zahlende vorzieht, die Zahlung als gültig anzuerkennen, und seinen Regreß an den wahren Erben zu nehmen.

(f) *L.* 6 *C. de dotis promiss.* (5. 12.).

(g) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.). Vgl. oben B. 4 § 169. S. 231.

(a) *L.* 5 *de injur.* (47. 10.).

oben bestimmten Sinn eine lex nova war (welches ich jedoch für wahrscheinlich halte), und eben so wenig, ob er nicht das genus actionis selbst bestimmt hatte.

In folgenden Fällen endlich halte ich die Anwendung der condictio ex lege entschieden für verwerflich.

Zuerst bey dem damnationis legatum. Die hier unstreitig geltende Condiction (Num. XI.) könnte man für eine condictio ex lege XII. tabularum halten, um dadurch die oben versuchte, vielleicht zu künstlich scheinende, Erklärung der Condiction des Legatars zu beseitigen, wenn irgend ein Sprachgebrauch denkbar wäre, nach welchem jenes Gesetz als lex nova bezeichnet werden könnte.

Ferner konnte Derjenige, welcher sich gegen die Vorschriften der L. Cincia verpflichtet, und hieraus gezahlt hatte, das gezahlte Geld zurück fordern, und zwar ohne Zweifel mit einer Condiction (b); dennoch halte ich die Anwendung einer condictio ex lege Cincia für ungegründet. Zwar ob das erwähnte Gesetz als eine lex nova in dem oben bestimmten Sinn bezeichnet werden konnte, will ich dahin gestellt seyn lassen; allein in jenem Fall möchte wohl die condictio sine causa, oder ob injustam causam, also das gewöhnliche Condictionenprincip, ausgereicht haben, so daß zur Ergänzung durch die condictio ex lege kein Bedürfniß vorhanden war.

Endlich, was wichtiger ist, darf durchaus nicht die actio L. Aquiliae für eine condictio ex lege, oder über-

(b) Vatic. Fragm. § 266. S. o. System B. 4 § 165. d[1].

haupt für eine Condiction, gehalten werden (vgl. Num. XX). Schon eine lex nova im Sinn des Paulus dürfte die L. Aquilia schwerlich gewesen seyn, doch läßt sich darüber Nichts unmittelbar beweisen, da wir über ihr Zeitalter fast gar Nichts wissen; aber daß sie keine Condiction war, muß jedem Unbefangenen einleuchten, der die Digestentitel de condictione furtiva und ad Legem Aquiliam hinter einander durchliest; denn dort ist fast in jeder Stelle von condictio und condicere die Rede, hier in keiner einzigen Stelle, so oft auch die Klagen in den verschiedensten Wendungen und Modificationen erwähnt werden. Dieselbe durchgeführte Verschiedenheit des Ausdrucks, die hier bey der Vergleichung ganzer Titel zur unverkennbaren Anschauung kommt, findet sich kürzer zusammen gedrängt in einer einzelnen Stelle, worin beide Klagen mit einander verglichen werden (c).

Ein sehr scheinbarer Zweifel allerdings könnte hergenommen werden aus einer in einem andern Digestentitel befindlichen Stelle (d), worin von der certi condictio, das heißt von der auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Condiction, geradezu gesagt wird:

> Competit haec actio etiam ex legati causa, *et ex lege Aquilia.*

(c) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). „Quaesitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus L. Aquilia *agi* possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est L. Aquiliae *actio*, alterius *condictio* ex causa furtiva" etc.

(d) *L.* 9 § 1 *de R. C.* (12. 1.).

Der Fall der Anwendung wird nicht hinzugeſetzt, und wir haben daher einen ſolchen Fall aufzuſuchen, aus welchem ſich einestheils die Anwendung der Condiction nach unſrem Condictionenprincip, anderntheils die ſo äußerſt ſeltene Erwähnung derſelben, befriedigend erklärt.

Das Weſen des damnum injuria datum beſteht darin, daß der Beſchädigte durch die verletzende Handlung eines Andern ärmer wird; gewöhnlich gewinnt dabey der Verletzer gar Nichts, zuweilen jedoch geſchieht Dieſes allerdings, und dann hat dieſer hinzutretende ſeltene Umſtand manche eigenthümliche Folgen (e). Unter dieſe beſonderen Folgen kann denn auch die Entſtehung einer Condiction neben der actio L. Aquiliae gehören, die dem juriſtiſchen Entſtehungsgrund nach von ihr ganz verſchieden iſt, den Erfolg aber (die Entſchädigung) mit ihr großentheils gemein hat. Wenn z. B. mein Schuldner den von ihm ausgeſtellten Schuldſchein über geliehenes baares Geld zerſtört, und mir dadurch den Verluſt der Schuldklage zuzieht, ſo habe ich gegen ihn wegen der Zerſtörung die actio L. Aquiliae (f), wegen ſeiner Bereicherung eine condictio sine causa, die hier allerdings eine certi condictio ſeyn wird. Eben ſo, wenn mein adstipulator den Schuldner eigenmächtig von der Schuld befreyte, ſo hatte ich wegen dieſer Beſchädigung gegen ihn eine actio L. Aqui-

(e) *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 27 § 3 *L.* 3 § 1 *de* (9. 2.), vgl. Syſtem § 212. g. *furtis* (47. 2.).

(f) *L.* 40. 41. 42 *ad L. Aquil.*

liae (g); wenn er ſich ſelbſt aber dadurch bereicherte, z. B. indem er nachher des Schuldners Erbe wurde, ſo hatte ich wegen dieſer Bereicherung gegen ihn gleichfalls eine certi condictio sine causa auf die Summe der mir entzogenen Forderung (h). Gerade daß dieſe Fälle ſo ſelten und verwickelt ſind, paßt vollkommen zu dem ſonſt räthſelhaften Umſtand, daß die Condiction hier zwar als unzweifelhaft erwähnt wird, aber nur ein einzigesmal im ganzen Umfang unſrer Rechtsquellen, und nur ganz beyläufig bey der certi condictio, um die große Mannichfaltigkeit der Fälle bemerklich zu machen, welche zu dieſer Klage Anlaß geben können.

Es tritt alſo hier ein ganz ähnliches Verhältniß ein wie bey dem Diebſtahl. Dieſer erzeugt zwey ganz verſchiedenartige Klagen: aus dem Delict entſteht die furti actio, aus der grundloſen Bereicherung die condictio furtiva, welches Verhältniß durch die gleich folgende Betrachtung deutlicher hervor treten wird. Der Unterſchied liegt nur darin, daß bey dem damnum die Bereicherung äußerſt ſelten, bey dem Diebſtahl dagegen jedesmal eintritt.

XV.

Es bleibt nun noch übrig, die condictio furtiva zu betrachten, als die zweyte unter den Klagen, welche von der regelmäßigen Natur der Condictionen abweichen (Num.

(g) Gajus III. § 215. 216.

(h) Dieſen Fall bezieht hierauf richtig Heffter Observ. in Gajum L. 4 p. 66.

XII.). Die genaueſte und häufigſte Bezeichnung derſelben iſt condictio ex causa furtiva (a); der Name condictio furtiva findet ſich weit ſeltener (b), und iſt eigentlich nur eine bequeme Abkürzung jenes erſten Ausdrucks.

Es würde ganz unrichtig ſeyn, wenn man das Daſeyn dieſer Klage überhaupt, ſo wie die häufigſten Anwendungen derſelben, als Abweichung von dem allgemeinen Condictionenprincip halten wollte. Wenn der Dieb geſtohlenes Geld in ſeinen Nutzen verwendet, oder den geſtohlenen Weizen aufzehrt, ſo bereichert er ſich ohne Rechtsgrund auf Koſten des Beſtohlenen, der ſein Eigenthum durch Zerſtörung der Sache verliert, und für Fälle dieſer Art iſt die allgemeine condictio sine causa völlig ausreichend (Num. VIII.). Selbſt wenn der Dieb die Sache wieder verliert, iſt er zwar ohne Bereicherung dennoch verpflichtet, aber Dieſes iſt nur eine Folge der den Diebſtahl ſtets begleitenden Mora (c), enthält alſo keine Abweichung von den für die condictio sine causa als ſolche geltenden Rechtsregeln.

So iſt alſo dieſe Klage eigentlich nur eine einzelne Anwendung der condictio sine causa, und ſie würde über-

(a) *L.* 2, 3, 5, 8 § 1, 9, 16, 18 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 2 § 3 *de priv. del.* (47. 1.), und viele andere Stellen.

(b) Der Ausdruck kommt vor in der Titelrubrik der Digeſten (13. 1.) und des Codex (4. 8.), ferner in *L.* 3 § 2, *L.* 21 § 5 *rer. amot.* (25. 2.), vielleicht auch ſonſt noch, aber gewiß nicht häufig. In der zuletzt angeführten Stelle iſt noch die Leſeart zweifelhaft, da die Vulgata lieſt: *ex causa* furtiva.

(c) *L.* 17, 20, 8 *pr. de cond. furt.* (13. 1.).

haupt nicht als eine beſondere Klage behandelt, und mit einem eigenen Namen belegt worden ſeyn, wenn nicht folgender Umſtand dieſe Behandlung nöthig gemacht hätte. Das Bedürfniß und die Möglichkeit der Condiction iſt nach allgemeinen Regeln dadurch bedingt, daß der Beklagte nicht mehr die Sache ſelbſt beſitzt, weil außerdem die Vindication ausreicht, und das dare, als Gegenſtand der Condiction, unmöglich iſt. (Num. V.) Eigentlich alſo müßte der Beſtohlene zuerſt genau unterſuchen, ob das geſtohlene Geld noch unvermiſcht vorhanden iſt, und wenn er es hierin verſieht, ſo wird er wegen der unrichtig gewählten Klage abgewieſen werden; ja die größte Vorſicht kann ihn hierin nicht ſichern, da es in der Willkühr des Diebes ſteht, das Geld noch jetzt augenblicklich auszugeben oder mit anderem Geld zu vermiſchen. Da es nun ſehr billig iſt, den Beſtohlenen, dem Diebe gegenüber, von dieſer Verlegenheit und Gefahr zu befreyen, ſo iſt für dieſen Fall, ausnahmsweiſe, die Condiction geſtattet worden, auch wenn die Sache noch vorhanden iſt, ſo daß deshalb auch die Vindication möglich geweſen wäre (d). In dieſer

(d) Gajus IV. §4. „... certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum *dare* oportere, nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest ... Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut ... ex hac actione etiam teneantur: si paret eos dare oportere: quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus." § 14 *J. de act.* (4. 6.), *L* 1 § 1 *de cond. trit.* (13. 3.). — Der Vortheil, der dem Beſtohlenen durch die Zulaſſung dieſer Klage zugewendet werden ſoll, muß auf die oben im Text entwickelte Weiſe gedacht werden, nicht als ob es ihm,

Anwendung allein iſt alſo jene Klage als eine von der allgemeinen Regel der Condictionen abweichende anzuſehen, und die Abweichung iſt nur darin zu ſetzen, daß in dieſem Fall das außerdem geltende alternative Verhältniß der Condiction zur Vindication (Num. V. f. g.) zum Vortheil des Klägers aufgegeben wird.

XVI.

Die Condiction, in der hier erklärten abweichenden Natur, iſt dann auch angewendet worden auf den an ſich verſchiedenen, aber verwandten, Fall, wenn dem Eigenthümer der Beſitz eines Grundſtücks mit Gewalt entzogen wird; auch hier ſoll er ausnahmsweiſe die eigene Sache condiciren, alſo zwiſchen der Condiction und Vindication wählen dürfen. Anfangs war dieſe Ausdehnung beſtritten,

wenn wirklich die Sache unzweifelhaft vorhanden iſt, von beſonderem Werth ſeyn könnte, gerade auch eine Condiction, vorzugsweiſe vor der Vindication, zu erhalten: denn die eine dieſer Klagen giebt ihm in einem ſolchen Fall nicht mehr als die andere. — Es iſt alſo wohl zu bemerken, daß die ganze Schwierigkeit und die dadurch nöthig befundene Anomalie lediglich durch die hergebrachten Klagformulare herbeygeführt wurde. Daher iſt es eigentlich ſehr unpaſſend, daß in Juſtinians Juſtitutionen die Sache noch ſo, wie bey Gajus, vorgetragen wird, da man doch zu ſeiner Zeit die alten formulae ſchon längſt bey Seite gelegt hatte, alſo auch nicht mehr mit dare oportere intendirte. Auch ſchon zu des Gajus Zeit wäre bey dem Gebrauch der Formel dare facere oportere gar keine Schwierigkeit geweſen, da dieſe auch das bloße restituere in ſich ſchloß; wahrſcheinlich wollte man aber dem Beſtohlenen auch die eigenthümlichen Vortheile der Formel dare oportere nicht entgehen laſſen, von welchen noch unten die Rede ſeyn wird. Die Ungewißheit freylich, mit ihren prozeſſualiſchen Gefahren, blieb immer übrig.

ſpäterhin iſt ſie beſtimmt anerkannt worden (a); es iſt aber nicht zu läugnen, daß dazu weniger dringender Grund vorhanden iſt, als bey der geſtohlenen Sache, indem ein Grundſtück nicht zerſtört, und auch der gegenwärtige Beſitzer leicht erforſcht werden kann.

Andere Ausdehnungen der Condiction ſind nur ſcheinbar, indem die Fälle, worauf ſie bezogen werden, ſchon unter dem urſprünglichen Begriff derſelben unmittelbar enthalten ſind.

So gilt zwar unzweifelhaft die Condiction im Fall des gewaltſamen Raubes (b); aber Dieſes iſt nicht Ausdehnung, da der Raub, eben ſo wie der heimliche Diebſtahl, ein wahres, eigentliches furtum iſt (c).

Eben ſo gilt die Condiction bey der Entwendung unter Ehegatten (d); aber auch dieſe Handlung iſt ein wahres, eigentliches furtum, deſſen Folgen nur, aus Schonung des ehelichen Verhältniſſes, etwas gemildert werden ſollen (e).

(a) Labeo war dagegen, Sabinus, Celſus, Ulpian dafür, und ihre Meynung iſt von Juſtinian durch die Aufnahme folgender Stellen anerkannt. *L.* 25 § 1 *de furtis* (47. 2.), *L.* 2 *de cond. trit.* (13. 3.).

(b) *L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* (47. 8.), *L.* 1 § 1 *de cond. trit.* (13. 3.).

(c) *L* 1, *L.* 2 § 10. 26 *vi bon. rapt.* (47. 8.).

(d) *L.* 17 § 2 *rer. amot.* (25. 2.). Nur darüber kann man zweifelhaft ſeyn, ob die actio rerum amotarum ſelbſt eine condictio iſt (*L.* 26 *eod.*), oder ob neben ihr die davon verſchiedene condictio furtiva gilt (*L.* 21 § 5 *eod.*). Doch iſt es nicht ſchlechthin nöthig, zwiſchen dieſen Stellen einen Widerſpruch anzunehmen. Das allgemeine Princip der condictio sine causa paßt hier, wie bei jedem anderen Diebſtahl (Num. XV.).

(e) *L.* 1 *L.* 29 *rer. amot.* (25. 2.).

XVII.

Nach der hier gegebenen Darſtellung iſt alſo die condictio furtiva keine Delictsklage, indem ſie nicht, ſo wie die furti und doli actio, aus einem Delict entſteht; ſie entſteht vielmehr, eben ſo wie jede andere condictio sine causa, aus des Gegners grundloſer Bereicherung durch unſer Eigenthum, alſo aus einem als Quaſicontract zu bezeichnenden Rechtsgeſchäft. Daneben ſoll jedoch nicht beſtritten werden, daß ſie bey Gelegenheit eines Delicts entſteht, ja daß das Daſeyn deſſelben die nothwendige Vorausſetzung iſt, ohne welche ſie, mit der oben dargeſtellten eigenthümlichen Natur, gar nicht entſtehen kann.

Dieſe Meynung aber iſt keinesweges allgemein anerkannt, vielmehr iſt die Natur dieſer Klage, und namentlich die Frage, ob ſie ex delicto entſteht oder nicht, ſeit Jahrhunderten Gegenſtand einer groſſen Controverſe unter den Rechtslehrern (a). Für die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Lehre von den Condictionen iſt aber dieſe Frage ſehr wichtig. Denn wenn jene Condiction wirklich eine Delictsklage iſt, ſo iſt damit jene Lehre ſchwer zu vereinigen. Selbſt die

(a) Einer der neueſten Vertheidiger der Delictsnatur dieſer Klage iſt Francke Beyträge S. 28—33. Schriftſteller über dieſe Streitfrage finden ſich reichlich angeführt bey Glück B. 13 § 839. Die Ableitung aus einem quasicontractus findet ſich ſchon bey Anderen, z. B. Lyclama benedictor. Lib. 1 C. 1—8. — Krug de condict. furt. Lips. 1830 p. 8—12 hält ſie zwar für eine Delictsklage, will aber ihre Entſtehung (ohne hinreichende Gründe) aus der Fiction eines Abfindungsvertrags ableiten, und daraus ihre Eigenthümlichkeiten erklären, z. B. den Übergang auf die Erben des Diebes.

exceptionelle Natur der condictio furtiva würde dagegen wenig Schutz gewähren, da ich ſelbſt darzuthun geſucht habe, daß dieſe Natur keinesweges der Klage überhaupt, ſondern nur einer einzelnen Anwendung derſelben zuzuſchreiben iſt (Num. XV.). Durch folgende Gründe nun glaube ich die Delictsnatur der Klage völlig widerlegen zu können.

Zuerſt ſetzt ſie Ulpian in folgender Stelle wörtlich und ganz beſtimmt allen Klagen ex maleficio entgegen, indem er jedoch bemerkt, daß die Compenſation auf ſie, eben ſo wie auf jene Klagen (zu welchen ſie alſo nicht gehört) anwendbar ſey (b):

> Quotiens *ex maleficio* oritur actio, *utputa ex causa furtiva*, ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est et si condicatur ex causa furtiva.*

Es giebt alſo nach dieſer Stelle, aus Veranlaſſung des Diebſtahls (ex *causa* furtiva), zwey verſchiedene Klagen. Die eine iſt ex maleficio (unzweifelhaft die furti actio); die andere (die alſo nicht ex maleficio oritur) iſt die condictio furtiva.

Das in dem Diebſtahl enthaltene Delict wird ganz auf gleiche Weiſe angenommen bey dem Diebe ſelbſt, und bey deſſen Gehülfen und Rathgebern, und dieſe alle werden von derſelben Strafe betroffen, wie der Dieb (c). Die

(b) *L.* 10 § 2 *de compens.* (16. 2.).

(c) § 11 *J. de oblig. ex del.* (4. 1.).

Condiction aber geht gegen ſie nicht (d), und dieſe Verſchiedenheit iſt nur daraus zu erklären, daß die Condiction gar nicht aus dem Delict entſpringt, ſondern aus der Thatſache der grundloſen Bereicherung, einer Thatſache, die von dem zugleich vorhandenen Delict völlig verſchieden, und dagegen mit vielen anderen Fällen der Bereicherung, die keine Beziehung auf ein Delict haben, ganz gleichartig iſt.

Ganz entſcheidend ſind ferner die Rechtsverhältniſſe, welche eintreten, wenn der Diebſtahl von einem Sklaven, (oder auch von einem filiusfamilias) begangen wird. Hier ſind die allgemeinen Rechtsregeln über die verpflichtenden Handlungen ſolcher abhängigen Menſchen folgende (e):

1) Verhältniſſe zu fremden Perſonen.

a) Der Herr des Sklaven kann belangt werden bald mit der actio de peculio, bald mit der actio noxalis, und zwar ſo, daß dieſe beide Klagen in einem ausſchließenden Verhältniß zu einander ſtehen. Aus Contracten (und Quaſicontracten) entſteht eine actio de peculio, niemals actio noxalis: aus Delicten actio noxalis, niemals de peculio (f).

b) Der Sklave ſelbſt kann nach der Freylaſſung belangt werden aus Delicten, nicht aus Contracten; oder mit andern Worten, ſeine Obligationen aus Delicten ſind nun civiles, die aus Contracten naturales (g).

(d) *L.* 6 *de cond. furt.* (13. 1.). S. 424—428, und im Syſtem § 211. a.

(e) Die Beweiſe dieſer Sätze ſind ſchon oben zuſammen geſtellt worden in der Beylage IV, Bd. 2

(f) *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.).

(g) *L.* 1 § 18 *depos.* (16. 3.).

2) Verhältniſſe zu dem eigenen Herrn.

Aus Contracten entſpringen naturales obligationes, welche während der Gewalt und nach der Freylaſſung wirkſam ſind. Aus Delicten entſpringen hier gar keine Obligationen, weder civiles noch naturales, weder im Sklavenſtand, noch nach der Freylaſſung.

In allen dieſen Beziehungen nun zeigt ſich die condictio furtiva durchaus als eine Contractsklage (h), alſo in einer, der furti actio gänzlich entgegengeſetzten, Weiſe.

1) Wenn der Sklave oder Sohn einen Dritten beſtiehlt, ſo geht:

a) Gegen den Herrn oder Vater die Klage de peculio, alſo nicht noxalis, und auch de peculio nur, inſofern der Herr oder Vater durch den Diebſtahl reicher geworden iſt (i). Dieſe Beſchränkung aber iſt ſo zu erklären. Wenn das geſtohlene Geld ſogleich verſchwendet wird, ſo daß kein Werth im Vermögen zurück bleibt, ſo müßte auch gegen den gewöhnlichen Dieb eigentlich keine Klage gelten,

(h) Nämlich eigentlich quasi ex contractu, ganz wie die condictio indebiti, sine causa u. ſ. w., die durchaus denſelben allgemeinen Charakter an ſich tragen, wie die wahren Contractsklagen.

(i) *L.* 3 §12 *de peculio* (15. 1.) „... et est verius, *in quantum locupletior factus esset*... actionem de peculio dandam" (nämlich die condictio, nach deren Zuläſſigkeit vorher gefragt worden war). — *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „... si jam traditus furtum mihi fecisset (nämlich wenn mich mein geweſener Sklave beſtahl, nachdem ich ihn veräußert hatte), aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset.*" — *L.* 4 *de cond. furt.* (13. 1.) „quod ad eum pervenit" ſ. u. Num. XVIII, wo dieſe Stelle erklärt werden wird.

weil er nicht mehr bereichert iſt; daß ſie gegen ihn dennoch gilt, kommt nur daher, daß er als Dieb beſtändig in Mora iſt. Iſt nun der Dieb ein Sklave, ſo geht die Klage gegen den Herrn als actio de peculio, aber ohne dieſe ſchärfende Modification; denn da der Herr nicht Dieb iſt, ſo iſt er auch nicht in Mora, und kann alſo auch nur verklagt werden, inſofern er eine gegenwärtige Bereicherung hat. Genauer muß man Dieſes ſo ausdrücken: gegen den Herrn geht zwar die condictio, aber nicht als furtiva, ſondern als die gewöhnliche, unmodificirte, sine causa (k).

b) Gegen den ſtehlenden Sklaven ſelbſt geht die Condiction nach der Freylaſſung gar nicht, weil die ihr zum Grund liegende Obligation, als contractliche, nur naturalis iſt, während die furti actio, als Delictsklage, allerdings gegen ihn geht (l).

(k) *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „... condictio eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*" Genau genommen iſt es hier auch deswegen keine eigentliche actio de peculio, weil dieſe Klage wegen Bereicherung des Herrn aus dem Diebſtahl ſeines Sklaven ſelbſt dann gelten muß, wenn der Sklave gar kein Peculium hatte. Darauf geht vielleicht der ſchwankende Ausdruck (aut omnino ... non haberem) der *L.* 30 cit. in Note i, und eben ſo auch der ſonſt zu uneingeſchränkte Ausdruck der *L.* 5 *de cond. furt.* (13. 1.) „... numquam enim *ea condictione* alius, quam qui fecit, tenetur, aut heres ejus." Gewiß iſt durch dieſe Worte auch die Möglichkeit verneint, die Condiction als actio noxalis anzuſtellen.

(l) *L.* 15 *de cond. furt.* (13. 1.) „Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber *furti tenetur: condici autem ei non potest,* nisi liber contrectavit." Dieſe Stelle iſt eigentlich die entſcheidendſte unter allen, und mit ihr läßt ſich die Delictsnatur der condictio furtiva durchaus nicht vereinigen, da die Regel: noxa caput sequitur allgemein und durchgreifend für alle Delictsklagen

2) Wenn der Sklave den eigenen Herrn bestiehlt, so entsteht daraus die der Condiction eigene Obligation als naturalis, so daß durch sie das Peculium ipso jure vermindert wird, und sie wirkt als solche auch nach der Freylassung fort (m).

Endlich liegt ein entscheidender Grund gegen die Delictsnatur der Condiction auch in dem Umstand, daß sie unbedingt gegen den Erben des Diebes geht (n). Wäre sie eine Delictsklage, so würde der Erbe nur insoweit verpflichtet seyn, als er durch den Diebstahl bereichert wäre (o); sie hat aber eine contractliche Natur, und ihre Unabhängigkeit von fortdauernder Bereicherung gründet sich bey dem Diebe selbst auf dessen stete Mora: contractliche Klagen aber gehen regelmäßig gegen die Erben, und eben so wirkt die einmal begründete Mora von selbst fort (p), weshalb sie weder durch des Glaubigers, noch durch des Schuldners Tod unterbrochen wird (q).

gilt. — Die Schlußworte machen keine Schwierigkeit, denn die nach der Freylassung wiederholte Contrectation ist ein neuer Diebstahl, welcher, unabhängig von den vorhergegangenen Handlungen, die gewöhnlichen Folgen nach sich zieht.

(m) *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „. . . ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod *debitor meus ex causa condictionis sit factus.*"

(n) *L.* 5 *L.* 7 § 2 *de cond. furt.* (13. 1.).

(o) System § 211. h.

(p) *L.* 87 § 1 *de leg.* 2. (31. un.).

(q) *L.* 27 *de usuris* (22. 1.).

XVIII.

Es dürfen jedoch Zwey Stellen nicht verſchwiegen werden, die gegen die Wahrheit der hier vorgetragenen Lehre Zweifel erregen könnten.

Die eine, von Ulpian herrührend, lautet alſo (a):

> Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, *quod ad eum pervenit:* in residuum, *noxae servum dominus dedere potest.*

Auf den erſten Blick ſcheint dieſe Stelle die Condiction für eine Delictsklage zu erklären, die als actio noxalis gegen den Herrn angeſtellt werden könne. Da ſie aber, ſo verſtanden, allen vorher angeführten Beweisſtellen geradezu widerſprechen würde, ſo muß vermittelſt einer andern Erklärung die Vereinigung geſucht werden. Ulpian warf ſich die Frage auf, inwieweit das Vermögen eines Herrn durch den von ſeinem Sklaven begangenen Diebſtahl gefährdet werden könne, und er beruhigt den Herrn damit, daß er niemals unbedingt für die durch den Diebſtahl herbeygeführten Obligationen zu haften brauche; durch die Condiction könne er gar Nichts verlieren, da ſie ihn nur nöthigen könne, Dasjenige heraus zu geben, Was ihm durch den Diebſtahl als Bereicherung zugekommen ſey; dann ſey nur noch die furti actio übrig, die er allerdings als actio noxalis übernehmen, und wodurch er den noch übrigen Werth des Diebſtahls (ſogar erhöht, durch die

(a) *L.* 4 *de cond. furt.* (13. 1.).

Strafe) herauszahlen müſſe; davon aber könne er ſich in jedem Fall durch noxae datio frey machen, ſo daß alſo der Werth des Sklaven das Äußerſte ſey, welches er aus ſeinem Vermögen durch den Diebſtahl einbüßen könne. — Allerdings wird hier Manches in die Stelle hinein getragen, wovon ſie Nichts ſagt, und dieſes Verfahren kann hier nur durch die Nothwendigkeit der Vereinigung gerechtfertigt werden. Ohne Zweifel iſt der Schein eines Widerſpruchs nur durch die ungeſchickte Art entſtanden, wie die Compilatoren die Stelle excerpirt haben (b).

Die zweyte Stelle iſt ein Reſcript von Diocletian (c), nach welchem mehrere zugleich Stehlende mit der Condiction ſo belangt werden können, daß der Beſtohlene von jedem Einzelnen nach freyer Auswahl das Ganze fordern darf, jedoch ſo daß die Zahlung des Einen die Andern befreyt. Dieſes ſcheint auf eine Delictsklage, nämlich eine einſeitige Strafklage, wie etwa die doli actio zu deuten, bey welcher Art der Klagen in der That dieſe Regel gilt (d). Wenn dagegen die Condiction, nach meiner Behauptung, durch die Bereicherung des Beklagten begründet wird, ſo ſcheint es, ſie müſſe ausſchließend gegen Denjenigen unter den Dieben gelten, der allein das Geld an ſich genommen hat, oder, wenn ſie es getheilt haben, gegen Jeden für ſeinen Antheil. — Dieſer allerdings ſcheinbare

(b) Weſentlich dieſelbe Erklärung giebt Pothier Pand. Just. XIII. 1. Art. 1. Num. VIII. not. f.

(c) *L.* 1 *C. de cond. furt.* (4. 8.). Die Stelle iſt oben abgedruckt, Syſtem §. 211. b.

(d) Syſtem §. 211. c.

Einwand verschwindet durch dieselbe Betrachtung, wodurch dem Eigenthümer gestattet worden ist, seine noch vorhandene Sache mit der Condiction einzuklagen (Num. XV.). Denn wenn der Bestohlene gehalten seyn sollte zu untersuchen, wie viel jeder einzelne Dieb von dem gestohlenen Gut erhalten hat, so würde für ihn dieselbe Verlegenheit und Prozeßgefahr entstehen, von welcher er dort befreyt werden sollte. Es erfordert also auch hier die einleuchtendste, unabweichlichste Billigkeit, von der Strenge des Grundsatzes abzugehen, und dem Bestohlenen die freye Wahl des Beklagten unter allen einzelnen Dieben zu überlassen.

XIX.

Ich fasse das bisher im Einzelnen Dargestellte zu einem allgemeinen Überblick zusammen. Grund und Bedingung der Condictionen ist die mit der Entstehung einer Obligation verknüpfte Bereicherung des gegenwärtigen Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, welche jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll (a): und zwar bald

(a) Also nicht jede Bereicherung des Andern aus meinem Vermögen giebt mir ein Recht zur Rückforderung, sondern wenn ich für die eingetretene Bereicherung ein Recht zur Rückforderung habe, so ist die darauf zu richtende Klage eine Condiction. Dieses Recht zur Rückforderung wird hauptsächlich begründet durch den vorbehaltenen Willen (Darlehen), durch Irrthum (Indebitum u. s. w.), durch des Andern Eigenmacht (c. sine causa und furtiva). Entsteht aber die Bereicherung aus Liberalität (Schenkung), oder als Äquivalent für eine Gegenleistung (Kaufgeld, Miethgeld u. s. w.), so ist überhaupt keine Rückforderung zulässig, also auch nicht durch eine Condiction.

wirkliche Bereicherung, wie bey dem Darlehen, oder dem gezahlten Indebitum (Num. IV—VIII.), bald eine fingirte, wie bey der expensilatio, der Stipulation, dem Legat (Num. IX—XI.). Dazu kommen noch einige, nicht bedeutende, ganz positive Erweiterungen, die auf jenen Grundbegriff nicht zurück geführt werden können (Num. XII—XVIII.). Damit aber der Sinn dieser Regel schärfer hervor trete, ist es nöthig, nun noch die entgegengesetzten Fälle von Obligationen in's Auge zu fassen, die eben durch jenen Grundbegriff von der Anwendung der Condictionen ausgeschlossen, und auf andere Actionen verwiesen werden sollen.

Diese ausgeschlossenen Obligationen lassen sich auf Zwey Klassen zurück führen. Das Recht nämlich, dessen Genuß der Kläger durch eine Klage sucht, kann entweder noch jetzt in seinem Vermögen sich befinden, oder es kann noch niemals zu seinem Vermögen gehört haben. In beiden Fällen kann der Kläger nicht behaupten, daß er ein Stück seines Vermögens an den Gegner verloren habe, welches eben als Grundbedingung der Condictionen oben aufgestellt worden ist.

Die erste Klasse von Fällen ist schon oben erwähnt worden, und sie macht am Wenigsten Schwierigkeit. Es gehört dahin das Darlehen, solange das Geld aus irgend einem Grund noch nicht in des Empfängers Eigenthum übergegangen ist; hier wird vindicirt, nicht condicirt, denn beide Klagen stehen zu einander in einem ausschließenden Ver-

hältniß (Num. V.). Eben ſo das Depoſitum, Commodat, Pfand, vorausgeſetzt, daß die Sache noch unzerſtört bey dem Empfänger vorhanden iſt; in dieſen Fällen gelten, außer der Vindication, auch b. f. actiones, aber zu einer Condiction iſt kein Grund vorhanden (b). Durch die Conſumtion der Sache kann allerdings eine Bereicherung entſtehen, und nun concurrirt die b. f. actio mit einer Condiction, ſo wie ſie vorher mit der Vindication concurrirte (Num. VI.).

Auf gleiche Weiſe müßte eigentlich die condictio furtiva nicht gelten, ſolange der Dieb die geſtohlene Sache in ſeinem Beſitz behält, und es geſchieht blos als Anomalie, daß ſie hier dennoch zugelaſſen wird (Num. XV.).

XX.

Die zweyte Klaſſe von Fällen, worin die Anwendung der Condiction durch das aufgeſtellte Princip ausgeſchloſſen wird, beruht darauf, daß der Gegenſtand der Forderung niemals zu des Klägers Vermögen gehört hat, folglich

(b) Man könnte einwenden, bey dem Pfandcontract wenigſtens werde, wenn auch nicht Eigenthum, doch wenigſtens ein jus in re, an den Empfänger veräußert, auf deſſen Rückgabe alſo eine Condiction angeſtellt werden könne. Allein ſolange die Schuld unbezahlt iſt, kann das Pfand mit keiner Klage zurück gefordert werden; wird ſie aber bezahlt, ſo iſt in demſelben Augenblick auch das jus in re von ſelbſt erloſchen, ohne daß es dazu einer Rückübertragung bedarf. Anders war es bey der Fiducia, und auf deren Rückgabe (durch Remancipation) nach bezahltem Geld konnte ohne Zweifel mit einer Condiction geklagt werden, weil hier übertragenes Eigenthum zurück gefordert wurde (Num. V.). Vielleicht bezog ſich urſprünglich auf eine Fiducia die *L.* 4 § 1 *de R. C.* (12. 1.), ſ. o. Num. VI. b.

als etwas ganz Neues geleistet, nicht zurück gegeben werden soll; denn dieses Zurückfordern des aus unsrem Vermögen Ausgegangenen ist eben der wahre Grund aller regelmäßigen Condictionen, wie es in Stellen des Römischen Rechts ausdrücklich anerkannt wird (a).

Dahin gehören zwey wichtige Arten der Obligationen; zuerst der größte Theil der bonae fidei contractus. In diesen, wie bey Kauf und Miethe, kommen ganz gleichartige Gegenstände der Forderung vor, wie bey den Condictionen, denn überall ist es ein dare oder facere, welches verlangt wird, zuweilen sogar ein reines dare (b), das doch sonst als der vorzüglichste und älteste Gegenstand der Condictionen gilt. Dasjenige nun, was hier gefordert wird, ist etwas ganz Neues, wie die Zahlung des Kauf- und Miethgeldes, die Tradition der verkauften Sache, die Besorgung und Vertretung von Geschäften bey der Societät und dem Mandat.

Aus demselben Grunde aber ist noch eine zweyte Art der Obligationen von der Anwendung der Condiction ausgeschlossen: die Civilklagen aus Delicten (c), sie mögen nun auf Geldstrafe, oder auf Entschädigung gerichtet seyn.

(a) *L.* 1 *de R. C.* „mox *recepturi* quid ex hoc contractu, *credere* dicimur" (s. v. Num. V. b.). *L.* 2 *pr. eod.* „Mutuum damus *recepturi* non eandem speciem, ... sed idem genus" etc. — Liebe Stipulation S. 364 erklärt das recipere vom Empfang einer Gegenleistung; aber dann wäre auch der Kauf ein credere, und Grundlage von Condictionen.

(b) *L.* 11 § 2 *de act. emti* (19. 1.) „Emtor autem numos *venditoris facere* cogitur." Dieses ist aber das eigentliche dare, im strengsten Sinn des Worts (Num. V. i.).

(c) Ich sage Civilklagen,

Bey der furti actio kommt Vieles zuſammen, welches uns geneigt machen könnte, ihr den Character einer Condiction beyzulegen: ſie entſpringt aus dem jus civile, aus einer lex, ja aus derjenigen lex, die als die Grundlage des jus civile betrachtet wird, ſie wurde endlich ohne Zweifel nicht vor einem arbiter, ſondern vor einem judex verhandelt. Daß ſie dennoch in der That keine Condiction war, folgt unwiderſprechlich aus den unzähligen Stellen, worin ſie erwähnt wird, ohne jemals den Namen condictio zu führen: noch mehr aus den Stellen, worin ſie neben der condictio (furtiva) genannt, und ſtets von dieſer unterſchieden, ihr entgegengeſetzt wird (d). Es erklärt ſich Dieſes aber lediglich daraus, daß die mit dieſer Klage eingeforderte Geldſtrafe niemals in des Beſtohlenen Vermögen war, ſondern erſt jetzt dazu dienen ſoll, Denſelben zu bereichern.

denn bey den prätoriſchen Delictsklagen verſteht es ſich ſchon wegen dieſer ihrer Entſtehung von ſelbſt, daß ſie nicht Condictionen ſeyn konnten.

(d) Vgl. oben Num. XVII. 1, ferner. *L.* 7 § 1, *de cond. furt.* (13. 1.) „Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam." *L.* 14 *de cond. causa data* (12. 4.) „... cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse." *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2.) „et ideo neque furti, neque condicticia tenetur." *L.* 17 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.) „furti agere possum, vel condicere." — Es iſt jedoch zu bemerken, daß in einigen wenigen Stellen für die condictio furtiva der Name furti actio gebraucht wird, während gewiß in keiner einzigen Stelle die wahre furti actio den Namen condictio führt. Dieſer abweichende Sprachgebrauch erklärt ſich, wenn man das Beywort: condictitia zu actio ſtillſchweigend hinzu denkt. Der Ausdruck iſt alſo nicht ſowohl falſch, als unvollſtändig, und dadurch allerdings zweydeutig, zu Misverſtändniſſen verleitend und tadelnswerth. Die Stellen hierüber ſind ſchon oben angeführt § 232. h.

Eben so könnte man die actio L. Aquiliae für eine Condiction halten wollen, da sie gleichfalls aus einer lex alter Zeit herrührt, dennoch ist sie es nicht, man mag nun in ihr auf die Straferhöhung sehen, oder auf die reine Entschädigung. Der Strafzusatz nämlich hat, eben so wie die Strafe des Diebstahls, niemals zu dem Vermögen des Beschädigten gehört. Die Entschädigung, das heißt der Werth der zerstörten Sache, gehörte zwar zu diesem Vermögen, geht aber in den meisten Fällen nicht in das Vermögen des Thäters über. In den seltenen Fällen, worin dennoch ein solcher Übergang erfolgt, entspringt auch wirklich aus der That eine Condiction; allein diese ist dann keineswegeſ mit der actio L. Aquiliae identisch, vielmehr steht sie neben ihr, und der Beschädigte hat zwischen beiden die Wahl (Num. XIV.).

Der hier erklärte durchgreifende Unterschied der Condictionen von den civilen Delictsklagen wird in den Formeln dadurch ausgedrückt, daß die Intentio in jenen lautete: dare, oder dare facere oportere, in diesen: damnum decidere oportere.

Diese letzte Formel, da sie in solcher Allgemeinheit nicht angenommen zu werden pflegt, bedarf einer genaueren Erörterung.

Als Intentio der furti actio kommt bey Gajus die Formel vor: pro fure damnum decidi oportere (e), und mit diesen Ausdrücken stimmen mehrere Digestenstellen völ-

(e) Gajus IV. § 37. 45.

lig überein (f). Damnum decidere heißt hier: dem Bestohlenen gerecht werden, genug thun, sich mit ihm abfinden, und daher wird derselbe Ausdruck auch für den Vergleich, das heißt die Abfindung ohne Prozeß, gebraucht (g). Ja sogar kommt er vor, um die Handlung des Bestohlenen, der die Abfindung erhält, zu bezeichnen (h). Die regelmäßige Beziehung aber war die, in der angegebenen Formel enthaltene, auf die Verpflichtung des Diebes, und hier hatte der Ausdruck offenbar eine allgemeinere Bedeutung als der Ausdruck dare, da er auch die Addiction des fur manifestus in sich zu schließen fähig war, wofür doch unmöglich das Wort dare gebraucht werden konnte.

Von der Aquilischen Klage haben wir keine Formel übrig, ich halte aber für ihre Formel den Ausdruck damnum decidi oportere ohne allen Zusatz. Denn damnum war der eigenthümliche Name gerade dieses Delicts (i), und die umständliche Formel *pro fure* damnum decidere erklärt sich am Natürlichsten aus der Absicht, den Ausdruck damnum decidere auf einen Fall zu übertragen, für welchen derselbe nur durch einen individuellen Zusatz brauchbar und verständlich werden konnte. Man könnte gegen diese Behauptung einwenden, daß in der L. Aquilia selbst zweymal der Ausdruck vorkam: tantum aes *dare* damnas

(f) *L.* 61 § 1. 2. 5 *de furtis* (47. 2.), *L.* 7 *pr. de cond. furt.* (13. 1.); daneben auch noch das unbestimmtere damnum *praestare* in *L.* 61 *cit.* § 3. 5.

(g) *L.* 9 § 2 *de minor.* (4. 4.), *L.* 13 *C. de furtis* (6. 2.).

(h) *L.* 46 § 5 *de furtis* (47. 2.).

(i) Gajus III. § 210—219, besonders § 116 „damni *nomine*."

esto (also nicht damnum decidere) (k). Allein wenn man aus den erhaltenen Worten des Gesetzes die Formel construiren wollte, so würde Dieses die Condemnatio seyn müssen, und die Intentio müßte so lauten: Si paret, hominem Agerii a Negidio occisum esse, welche factische Fassung für eine alte Civilklage doch unmöglich anzunehmen ist. Ich denke mir die ganze Formel der Aquilischen Klage etwa so: 1) (Demonstratio:) Quod Negidius hominem Agerii injuria occidit. 2) (Intentio:) Si paret, Negidium ob eam rem Agerio damnum decidere oportere. 3) (Condemnatio:) Iudex quanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum aes Agerio condemna, si non paret absolve (l).

Von den Formeln der übrigen Delictsklagen aus dem alten Civilrecht haben wir keine Spur; nach der Analogie der beiden angeführten, die unter allen die häufigsten und wichtigsten waren, können wir mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß auch ihre Intentio auf damnum decidere oportere gieng (m), woraus dann der Vortheil entstand, daß jede civile Delictsklage schon auf den ersten Blick von

(k) *L.* 2 *pr. L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(l) Eine Bestätigung dieser Behauptung über die Formel der Aquilischen Klage, liegt noch in Dem, was aus Gajus IV. § 5 gefolgert werden muß, s. u. Num. XXV. XXVI.).

(m) Ich finde diesen Ausdruck nur noch in Anwendung auf einen Fall, der kein eigentliches Delict, aber doch ein verwandtes Rechtsverhältniß betrifft, nämlich bey der m. f. possessio, gegenüber der rei vindicatio, worauf die 12 Tafeln den doppelten Ersatz der Früchte als Strafe gesetzt hatten. Festus v. *Vindiciae:* „Si vindiciam falsum tulit, ... fructus duplione *damnum decidito.*“

den Contractsklagen unterschieden werden konnte. Vielleicht hatte jede dieser übrigen Delictsklagen noch einen characteristischen Zusatz in der Intentio, ähnlich dem Zusatz pro fure bey der furti actio; es ist aber auch möglich, daß nur bey dieser Klage (der wichtigsten unter allen Delictsklagen) ein solcher unterscheidender Zusatz nöthig gefunden wurde, so daß alle außer der furti actio blos den generischen Ausdruck damnum decidere oportere in der Formel gehabt haben mögen.

Aus demselben Grunde nun, wie bey den bisher betrachteten Klagen, könnte man eigentlich auch der Stipulationsklage den Character einer Condiction versagen wollen, da wir mit ihr gleichfalls meist etwas ganz Neues, das nie zu unserm Vermögen gehört hat, einfordern. Daß sie dennoch stets eine Condiction ist, erklärt sich lediglich aus der Natur der Stipulation als eines fingirten Darlehens (Num. X.). Ja das Bedürfniß dieser Erklärung, wenn nicht die ganze Condictionenlehre in haltungslose Inconsequenz zerfallen soll, ist eine starke Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung der Stipulation.

XXI.

Die hier aufgestellte Lehre von den Condictionen soll nunmehr mit einigen besonders wichtigen Stellen alter Schriftsteller zusammen gehalten werden, um durch diese Vergleichung theils Bestätigung, theils Schutz gegen mögliche Einwürfe zu erhalten.

Die erste dieser Stellen, von Cicero herrührend, sagt: er kenne nur drey Gründe, aus welchen baares Geld in bestimmter Summe durch ein strenges judicium gefordert werden könne: adnumeratio (datio), expensilatio, stipulatio (a). Der Name condictio kommt darin nicht vor, aber daß Cicero von derselben Klage reden will, die in unsern Rechtsquellen als certi condictio, oder condictio si certum petatur bezeichnet wird, ist nicht zu bezweifeln. Es fragt sich nun, inwiefern Cicero's Angabe der Fälle dieser Klage mit der hier vorgetragenen Lehre übereinstimmt.

Für die meisten Fälle ist die Übereinstimmung ganz einleuchtend. Denn adnumeratio umfaßt wörtlich nicht blos das Gelddarlehen, sondern auch das Depositum, welches der Empfänger angreift (Num. VI.), so wie die Auszahlung eines Indebitum und ähnliche Fälle (Num. VII.). Daß die Fälle der incerti condictio nicht erwähnt werden, macht keine Schwierigkeit, da Cicero, nach seiner eigenen Erklärung, nur von der auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten strengen Klage reden will, das heißt also nur von der certi, nicht von der incerti condictio. Dagegen fehlen allerdings bey ihm einige Fälle, in welchen nach der oben vorgetragenen Lehre eine certi condictio vorkommen kann. Dahin gehören die Fälle, worin mein Geld in des Andern Hände kommt nicht durch meine Handlung,

(a) Cicero pro Roscio Comoedo C. 4. 5. Die Stelle ist schon oben abgedruckt Beylage XIII. Num. XI.

sondern durch des Andern Eigenmacht, wie der Diebstahl (Num. VIII. XV.); ferner fehlt bey ihm das Legat (Num. XI.). Um die von mir aufgestellte Lehre gegen diese Einwendung zu vertheidigen, könnte man sagen, diese Anwendungen der Condiction seyen erst nach Cicero's Zeit aufgekommen. Für das Legat wenigstens müssen wir diese Auskunft ganz bestimmt verwerfen, da die Begründung der in ihm enthaltenen Rechte aus den Zwölf Tafeln herkam; daher haben wir denn auch keinen Grund, für die übrigen hier genannten Fälle, wie die condictio furtiva, deren Entstehungszeit wir allerdings nicht kennen, eine solche chronologische Lösung des scheinbaren Widerspruchs anzunehmen. Auch dazu aber ist keine Veranlassung, jene Stelle aus des Verfassers Mangel an Rechtskenntniß, oder Ungenauigkeit des Ausdrucks zu erklären, um auf diesem Wege den Widerspruch zu beseitigen, da eine andere Auskunft weit näher liegt. Cicero wollte keine allgemeine Theorie der Actionen vortragen, sondern daraus jetzt nur Dasjenige heraus nehmen, Was zu dem vorliegenden Rechtsfall dienen konnte. Indem er also sagt, adnumeratio, expensilatio, stipulatio, seyen die Drey einzigen Wege zu einer certi condictio, muß sehr natürlich hinzugedacht werden: in Fällen wie der hier vorliegende. Der vorliegende Fall war aber ein contractliches, ein Geschäftsverhältniß, und es wäre eine pedantische Vorsicht gewesen, wenn Cicero noch besonders bemerkt hätte, daß hier die condictio furtiva und die Condiction aus einem Legat

nicht anwendbar ſey, da ja in der ganzen Sache an einen Diebſtahl oder an ein Teſtament gar nicht gedacht worden war (b).

Das aber iſt in jedem Fall unwiderſprechlich, daß Cicero jedes der drey von ihm genannten Rechtsgeſchäfte als ſelbſtſtändigen, unabhängigen Entſtehungsgrund einer certi condictio anerkennt, jedes einzeln für ſich, alſo namentlich die Stipulation für ſich allein, ohne daß dabey etwa wieder ein Darlehen als Grundlage vorausgeſetzt würde, von welchem ohnehin in dem vorliegenden Fall gar nicht die Rede war (c). Für jedes derſelben erkennt er die sponsio tertiae partis als angemeſſene, wohlbegründete Einleitung des Rechtsſtreits an, denn ſie war bereits abgeſchloſſen worden, und er erkennt an, daß ſie in jedem der drey Fälle verwirkt ſeyn würde, da er das Daſeyn eines jeden derſelben beſonders zu widerlegen ſucht.

Wenn man die Stelle des Cicero auf dieſe, gewiß ungezwungene, Weiſe erklärt, ſo kann ſie, weit entfernt die hier vorgetragene Lehre von den Condictionen zu widerlegen, nur als eine Beſtätigung derſelben angeſehen werden.

(b) Weſentlich dieſelbe Erklärung findet ſich bey Hollweg Verſuche S. 40, und Gans Obligationenrecht S. 30.

(c) Die Grundlage des ganzen Rechtshandels war eine Societät geweſen, und die aus derſelben entſprungene Schuld hätte nur vermittelſt einer Expenſilation oder Stipulation die certi petitio begründen können. Vgl. Puchta, neues Rheiniſches Muſeum. B. 1. Num. XII.

XXII.

Zur Zeit der Legis actiones wurde der Name condictio für Zwey Klagen gebraucht, deren Form auf einer denuntiatio beruhte, welches die eigentliche Wortbedeutung von condictio gewesen seyn soll: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re (a). Indem nun dieser Name nachher auf eine gewisse Art der formulae angewendet wurde, können wir doch nicht annehmen, daß Dieses ganz zufällig und gedankenlos geschehen sey, vielmehr muß ein innerer Zusammenhang die Anwendung des alten Kunstausdrucks auf einen neuen Rechtsbegriff veranlaßt haben. In der Form der Klage lag dieser Zusammenhang gewiß nicht, denn die Form der alten condictio war eben die denuntiatio, und gerade deswegen, weil diese bey der neuen condictio nicht vorkam, wird von dieser gesagt, daß sie ihren Namen non proprie, abusive, führe (b). Also kann der Zusammenhang nur in den Entstehungsgründen gesucht werden, in der besondern Natur der Rechtsverhältnisse, wofür die alte und die neue condictio gleichmäßig anzuwenden war. Hierin finden wir nun in der That einen völlig befriedigenden Zusammenhang, wenn wir nur den Worten: de omni certa re den erklärenden, näher bestimmenden Zusatz geben: mutuo data. Dann war die alte condictio nichts

(a) Gajus IV. § 19.
(b) Gajus IV. § 18, § 15 *J. de act.* (4. 6.).

Anderes als die Klage aus dem Darlehen, und zwar sowohl aus dem in Geld (L. Silia), als aus anderen Sachen (L. Calpurnia), unter welchen das Getreide ohne Zweifel der anwendbarste Gegenstand des Darlehens seyn wird (c). Gerade so aber ist ja auch die neue condictio die Klage aus dem Darlehen, und aus denjenigen Rechtsverhältnissen, deren Klagrecht als eine freyere Entwicklung der Darlehensklage angesehen werden kann.

Eine auffallende Bestätigung dieser historischen Herleitung liegt in dem Umstand, daß dem so aufgefaßten Gegensatz der condictio ex L. Silia und ex L. Calpurnia genau entspricht der neue Gegensatz der certi und triticaria condictio, von welchem weiter unten noch besonders die Rede seyn wird. Der räthselhafte Name der triticaria erhält auf diese Weise eine so einfache und natürliche Deutung, wie sie auf anderem Wege schwerlich wird gefunden werden können.

Selbst die Formel der neueren Condictionen ist großentheils aus der alten legis actio herüber genommen. Valerius Probus hat nämlich folgende Sigle: A. T. M. D. O., d. h. Ajo te mihi dare oportere (d), welche nach ihren

(c) Das Darlehen außer dem baaren Gelde kommt überhaupt nicht sehr häufig vor (Num. IV.), sowohl in unsren Rechtsquellen, als im wirklichen Lebensverkehr. Der gewöhnlichste Fall der Anwendung wird noch der seyn, wenn der Landmann, dessen Erndte von einem Unglück betroffen wird, für seine Haushaltung und für die Aussaat Getreide borgt, um es im nächsten Jahr, wenn die Erndte besser gelingt, wieder zu geben.

(d) Auctores latinae linguae ed. D. Gothofredus 1602 pag. 1453.

Anfangsworten aus einer legis actio hergenommen seyn muß, da in den formulae stets der Prätor, nicht der Kläger, als redend erscheint.

Es läßt sich aber hieran noch folgende allgemeinere Bemerkung anknüpfen. Die ältesten Legis Actionen (Sacramentum und Judicis postulatio) waren rein formeller Art, also auf den verschiedensten Inhalt gleich anwendbar. Die Legis actio per condictionem nahm schon auf das eigenthümliche Bedürfniß mancher materiellen Rechtsverhältnisse besondere Rücksicht, worin ein Fortschritt juristischer Ausbildung wahrzunehmen ist. In dem neueren System der formulae nahm der Prätor diese Condictionen als Grundlage seines Actionensystems auf, nur mit freyerer, vollständigerer Entwicklung ihres Princips. Insofern kann die Legis actio per condictionem als Vorbereitung und Übergang zu dem neueren Actionensystem angesehen werden. Nimmt man diesen inneren Zusammenhang an, so liegt darin zugleich eine Antwort auf die von Gajus als räthselhaft aufgeworfene Frage: warum die Legis actio per condictionem nöthig gefunden worden sey, da doch für ihre Zwecke das Sacramentum und die Judicis postulatio ausgereicht hätten (e).

XXIII.

Die L. 9 de R. C. (12. 1.) fängt, indem sie die Anwendung der certi condictio feststellen will, so allgemein

(e) Gajus IV. § 20.

an, daß man glauben möchte, es könnten alle andere perſönliche Klagen entbehrt werden, indem die certi condictio zum Schutz aller Obligationen völlig ausreiche; ja ſelbſt die incerti condictio erſcheint nach der allgemeinen Faſſung dieſer Stelle entbehrlich.

> Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Einigen Halt könnte man nun wohl noch in dem Ausdruck contractu ſuchen, wodurch die Klage wenigſtens auf Vertragsverhältniſſe beſchränkt zu werden ſcheint. Allein ſelbſt dieſer Schutz wird uns wieder entzogen, theils durch die viel allgemeineren Ausdrücke ex omni causa, ex omni obligatione, theils dadurch daß der § 1 derſelben Stelle ſagt, die Klage könne auch auf ein Legat und auf das Delict der L. Aquilia angewendet werden.

Indeſſen muß uns gerade die durch den Schein jener Worte begründete übertriebene Ausdehnung wieder Beruhigung gewähren, indem es dennoch die Römer nöthig gefunden haben, neben jener Klage noch viele andere perſönliche Klagen genau auszubilden. In der That iſt denn die Meynung Ulpians folgende. Damit die certi condictio gelte, ſind gewiſſe poſitive Bedingungen nöthig; worin dieſe beſtehen, drückt er hier nicht aus, es ſind aber Diejenigen, welche oben, der Reihe nach, aufgeſtellt wor-

den ſind (a). Wo ſich nun dieſe Bedingungen finden, da kommt Nichts darauf an, welcher Art übrigens das unter den Parteyen obwaltende Rechtsverhältniß ſeyn möge, denn jene Bedingungen ſind mit den allerverſchiedenſten Rechtsverhältniſſen vereinbar. Die Entſtehung der certi condictio (das Daſeyn ihrer eigenthümlichen Bedingungen vorausgeſetzt) iſt alſo überall möglich, ohne Unterſchied ob ein Contract oder ein anderes Verhältniß zum Grund liege, und wenn es ein Contract iſt, kann dieſer certus oder incertus ſeyn, ohne die Entſtehung der certi condictio zu hindern.

Dieſe letzte Beſtimmung („sive ex incerto") hat, nicht mit Unrecht, von jeher die allergrößten Zweifel erregt, und der wahre Grund derſelben liegt in der Zweydeutigkeit des Ausdrucks, indem man dieſen an ſich ſowohl auf die Unbeſtimmtheit des Gegenſtandes, als auf die der Contractsart beziehen kann. Entſchieden in dem erſten Sinn heißt incerta *stipulatio* eine Stipulation von ungewiſſem Gegenſtand, wohin unter andern das Verſprechen einer Arbeit gehört, die immer erſt durch eine noch ungewiſſe Schätzung in einen beſtimmten Werth verwandelt

(a) Auf den erſten Blick ſcheint dieſer Theil der Erklärung willkührlich in die Stelle hinein getragen; allein eine ſehr beſtimmte Hinweiſung darauf liegt in den Worten: ex omni obligatione, *ex qua certum petitur* (i. e. peti *potest*.). Das will ſagen: wenn das Rechtsverhältniß ſo geeignet iſt, daß daraus die Zuläſſigkeit einer condictio certae pecuniae hergeleitet werden kann, ſo kommt dann auf die übrige Natur und Benennung deſſelben Nichts an.

werden kann (b). Diese Bedeutung ist in unsrer Stelle völlig unmöglich, denn wenn man den incertus contractus in diesem Sinn als Grundlage einer möglichen certi condictio ansehen wollte, so bliebe für die incerti condictio gar kein Raum mehr übrig. Ulpian denkt also an die Unbestimmtheit der Contractsart, mit welcher die Begründung einer bestimmten Geldforderung, also einer certi condictio, wohl vereinbar ist. In diesem Sinn sind certi contractus die Stipulation, das Darlehen, der Kauf u. s. w., incerti solche Verträge, die entweder gar keinen individuellen Namen führen, oder, wegen ihrer zweydeutigen Natur, zwischen mehreren bestimmten Contracten in der Mitte schweben (c); von solchen incerti contractus redet hier Ulpian.

Die scheinbare Allgemeinheit der hier behandelten Stelle ist vom Mittelalter her den Juristen sehr bedenklich erschienen. Schon seit der Glosse war es gewöhnlich, um dieser Stelle Willen, neben der condictio certi ex mutuo, eine condictio certi generalis anzunehmen (d). Theils

(b) *L.* 74. 75 *de V. O.* (45. 1.). — Die Ausdrücke certus, incertus contractus kommen noch in einigen anderen Stellen vor, in welchen es mir zweifelhaft ist, ob sie in dem einen oder dem anderen Sinn gebraucht werden. *L.* 18 *pr. de acceptil.* (46. 4.), *L.* 1 § 6 *de pec. const.* (13. 5.). Vgl. Heffter in Gajum Lib. 4 p. 68.

(c) *L.* 1—4 *de praescr. verb.* (19. 5.). Es ist also ungefähr das, Was die neueren Innominatcontracte nennen, doch nur ungefähr, weil diese letzten wieder zu sehr auf das do ut des aut facias, facio ut des aut facias, beschränkt sind.

(d) Glossa in L. 9 de R. C. (12. 1.). — Cujacius in Opp. V. 399, VII. 650, X. 164.

waren dieſe Namen unächt, theils wußte man der zweyten unter dieſen Klagen gar keine beſtimmte Gränzen anzuweiſen. — Weit irriger aber und folgenreicher iſt die von neueren Schriftſtellern aufgeſtellte Anſicht (e), nach welcher es ſtets in der Willkühr eines Glaubigers geſtanden haben ſoll, Forderungen irgend einer Art in ein certum zu verwandeln, und mit einer certi condictio zu verfolgen, wenn er es nur darauf wagen wollte, ob die richterliche Schätzung geringer ausfallen würde, als die von ihm ausgeſprochene Summe, in welchem Fall er freylich, als plus petens, ſein ganzes Recht verlieren mußte. So hätte alſo z. B. Jeder, Welchem in einer Stipulation Arbeit verſprochen war, auf eine Geldſumme von 100 condiciren können, und er hätte den Prozeß gewonnen, wenn der Richter jene Arbeit zu 100 oder noch höher taxirte. Dieſe Anſicht nun muß durchaus verworfen werden. Schon im Allgemeinen war eine ſo regelloſe Willkühr in dem Gebrauch der verſchiedenen Formeln ganz gegen den Sinn des älteren Rechts, indem die Formeln gerade dazu dienen ſollten, jedes Rechtsverhältniß in ſeinen individuellen Gränzen feſt zu halten (f). Ganz entſcheidend aber gegen jene Meynung iſt der Umſtand, daß in dem angeführten Fall die Intentio auf Centum dare oportere deswegen ver-

(e) Am Beſtimmteſten von Haſſe Weſen der actio S. 75.

(f) Allerdings kamen auch mancherley Umbildungen der Formeln vor (Beylage XIII. Num. XVI — XIX.), allein dieſe ſtanden gleichfalls unter beſtimmten Regeln, und hiengen keineswegs von dem bloßen Gutfinden des Klägers in jedem einzelnen Falle ab.

worfen werden muß, weil eine Geldſchuld gegenwärtig gar nicht vorhanden iſt, ſondern erſt künftig durch das richterliche Urtheil entſtehen kann (g). Es würde alſo hier aliud pro alio eingeklagt ſeyn, Welches ſtets die Folge hatte, daß die angeſtellte Klage abgewieſen wurde, eine neue aber, auf den wahren Gegenſtand der Schuld, möglich blieb, indem in jenem Misgriff kein plus petere enthalten war (h). Daher würde es auch ganz unzuläſſig ſeyn, zur Unterſtützung dieſer Meynung die in unſrer Stelle vorkommende Worte: ex qua certum petimus geltend zu machen, gleich als wollten dieſe Worte ſagen: „ſobald es uns nur gefällt, unſere Forderung auf eine genau beſtimmte Geldſumme zu richten.“ Der wahre Sinn dieſer Worte iſt ſchon oben angegeben worden (Note a).

XXIV.

Die bis jetzt verſuchte Erklärung der angeführten Digeſtenſtelle hat, in Beziehung auf die oben aufgeſtellte Lehre von den Condictionen, eine blos abwehrende Natur gehabt, ich will aber nunmehr denjenigen Theil der Stelle

(g) *L.* 37 *de V. S.* (50. 16.). „Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.“ Vgl. Syſtem § 216.

(h) Gajus IV. § 55. — Nicht unmittelbar hierher gehört § 53 „sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet,“ denn Dieſes geht, nach den vorhergehenden Worten, lediglich auf die Gefahr des plus petere.

anführen, welcher unmittelbar als Bestätigung jener Lehre angesehen werden kann.

L. 9 § 3 *de R. C.* (12. 1.).

Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, *sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim* ....

Der Sinn dieser Worte ist folgender: Die Condiction überhaupt kann begründet werden re (durch Darlehen, Indebitum u. s. w.), oder durch Stipulation, oder auch durch die Verbindung beider Vertragsformen; eine certi condictio insbesondere, wenn das Geben oder die Stipulation baares Geld zum Gegenstand hat. — Ich halte es für unzweifelhaft, daß Ulpian noch hinzugesetzt hatte: *sive literis*, und daß diese Worte von den Compilatoren aus dem sehr nahe liegenden Grunde weggelassen wurden, weil die expensilatio aus dem wirklichen Leben verschwunden war. Nimmt man nun Dieses an, so stimmt die Stelle völlig mit den oben dargestellten Bedingungen und Gränzen der Condictionen, und eben so sehr mit der Stelle des Cicero (Num. XXI.) überein. Ja ihr Ausdruck ist sogar noch genauer und vollständiger, als der des Cicero. Denn die condictio sine causa, mit Einschluß derjenigen Gestalt ihrer Anwendung, worin sie den besonderen Namen condictio furtiva führt, kann nicht wohl auf eine datio oder adnumeratio zurück geführt werden (welches Cicero's Ausdruck ist), anstatt daß der von Ulpian gebrauchte allgemeinere

Ausdruck re contractus factus auf sie völlig anwendbar ist (a).

Durch diese Erklärung des Ulpian sind nun von der Anwendung der certi condictio (wir dürfen hinzu setzen, jeder Condiction überhaupt) völlig ausgeschlossen zuerst alle Delictsobligationen. Denn wenngleich von ihnen gesagt wird: re *consistunt* obligationes, oder ex re *actio* venit (b), so wird doch gewiß niemals der Ausdruck: re *contractus* factus von ihnen gebraucht. Ferner sind dadurch ausgeschlossen die *consensu* contractus facti, denn diese waren von solcher Wichtigkeit, daß sie unmöglich von Ulpian aus Versehen weggelassen werden konnten, und eben so ist kein Grund denkbar, weshalb die Compilatoren sie weggestrichen haben sollten, wenn Ulpian sie wirklich erwähnt hätte. Hierin also liegt eine augenscheinliche Übereinstimmung mit den für die Condictionen oben vorgezeichneten Gränzen.

Eben darin aber möchte man nun auch einen Widerspruch finden zwischen den hier von Ulpian aufgestellten engen Gränzen, und der im Anfang der ganzen Stelle ausgedrückten gränzenlosen Ausdehnung (ex omni causa, ex omni obligatione). Dieser scheinbare Widerspruch aber löst sich theils durch den schon oben bemerkten Zusatz: ex qua certum petitur, theils durch folgende Betrachtung. Wenn

(a) Nämlich in derjenigen sehr gewöhnlichen Bedeutung von contractus, worin das Wort auch die Quasicontracte, wie Tutel, negotiorum gestio u. s. w. umfaßt, wie z. B. in *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.).

(b) *L.* 4 *L.* 46 *de O. et A.* (44, 7.).

irgend ein außer jenen engen Gränzen liegendes Rechtsverhältniß dennoch eine Condiction erzeugt, so liegt der Grund stets darin, daß demselben eine re contracta obligation wirklich beygemischt ist. Wenn z. B. bey Gelegenheit einer Societät oder eines Mandats die Condiction entspringt (Num. VI.), so finden sich zwey ganz verschiedene Obligationen vereinigt, die aus dem Consens und die aus dem anvertrauten Geld. Jede derselben hat ihre eigene Natur, Wirkung, Klage; soweit aber die eine Klage den Gegenstand der anderen bereits erschöpft hat, ist die andere nicht mehr möglich. Eben so, bey der körperlichen Beschädigung, die Obligation aus dem Delict (actio L. Aquiliae) und die aus der zufällig daraus entsprungenen Bereicherung (condictio). — Die Annahme solcher zusammengesetzten Obligationen, die aus einer und derselben Thatsache entspringen, ist auch nicht etwa zur Vertheidigung der aufgestellten Condictionenlehre erfunden, vielmehr kommt sie auch anderwärts in ganz unzweifelhaften Fällen vor (c).

Aus der wichtigen und schwierigen *L.* 9 *de R. C.* (12. 1.) bleibt nun noch ein einziger Fall für unsren Zweck zu erklären übrig. Nach dem § 1 soll die certi condictio

(c) Vgl. z. B. *L.* 18 § 1 *commod.* (13. 6.), wenn nämlich der Empfänger eines Depositum oder eines Commodats die Sache zerstört oder verdirbt. Hier concurrirt mit der actio L. Aquiliae die Contractsklage auf dieselbe Weise, wie in den oben angeführten Fällen die condictio wegen der Bereicherung.

auch ex Senatusconsulto eintreten können, wenn nämlich Derjenige die Klage anstellt, Welchem eine Erbschaft ex Trebelliano Sc. restituirt ist (d). Dieses läßt sich schwerlich anders erklären, als von einer in der Erbschaft enthaltenen Condiction, die etwa aus einem Darlehen oder einer Stipulation des Verstorbenen entstanden war. In diesem Fall ist nun freylich der Entstehungsgrund jener Condiction der Vertrag, und das Senatusconsult ist nur das Mittel der Übertragung auf den gegenwärtigen Kläger, so daß der Ausdruck: *ex* Senatusconsulto agetur nicht ganz genau ist. Allein er ist nicht ungenauer, als der vorhergehende Ausdruck: *ex* lege Aquilia, welcher eigentlich sagen soll: ex *causa* legis Aquiliae, oder ex eo facto, quod lege Aquilia coercetur; denn die Lex Aquilia selbst hatte über die besondere Befugniß zur Condiction so wenig Etwas bestimmt, als das Sc. Trebellianum.

XXV.

Die wichtigsten Stellen aber über die Natur der Condiction sind die des Gajus, die um so mehr eine genaue Auslegung erfordern, als das mangelhafte Verständniß derselben neuere Schriftsteller bald zu Irrthümern über die Condiction verleitet hat, bald zu dem ungegründeten Vorwurf, daß jene Stellen ungenau, schwankend, widersprechend abgefaßt seyen.

Die Hauptstelle ist folgende.

(d) Vgl. Heffter in Gajum lib. IV. p. 67.

GAJUS IV. § 5.

Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, *quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones* (a).

Alles kommt darauf an, in welchem Sinn der Zwischensatz: (quibus .. intendimus) aufgefaßt wird. Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, ihm eine blos erklärende Bedeutung beyzulegen, als ob gesagt wäre: „alle persönliche Klagen, das heißt die mit dari fierive, werden condictiones genannt.“ Dann würde die Stelle nicht blos die oben aufgestellte Lehre widerlegen, sondern mit dem ganzen Sprachgebrauch der Digesten im Widerspruch stehen, nach welchem nur ein mäßiger Theil der persönlichen-Klagen den Namen der Condictionen führt. Daher ist denn jener Zwischensatz vielmehr in einer einschränkenden Bedeutung zu verstehen, so daß die ganze Stelle diesen Sinn hat:

Condictiones heißen diejenigen persönlichen Klagen, deren Intentio auf dari oder fieri gerichtet ist.

So verstanden aber ist der Satz durchaus richtig, und

(a) Fast ganz gleichlautend ist § 15 *J. de act.* (4. 6.), nur mit folgenden, wenig bedeutenden, Abweichungen: „Appella*mus* in rem (ohne autem) ... da*re* face*re* oportere intendi*tur*.“ Die unveränderte Aufnahme dieser Stelle, zu einer Zeit worin alle Intentiones längst verschwunden waren, ist freylich unglaublich gedankenlos. Man muß nun den Zwischensatz in der That als bloße Erklärung auffassen, so daß es bey Justinian wirklich so viel heißt, als: alle persönlichen Klagen führten den Namen condictiones; Welches aber freylich zu dem Sprachgebrauch der Digesten, und selbst mancher Institutionenstellen, wenig paßt.

ſtimmt zugleich mit der oben vorgetragenen Lehre völlig überein. Um Dieſes beweiſen zu können, muß ich folgende Bemerkungen über den Sprachgebrauch vorausſchicken.

Dare heißt, im ſtrengen Sinn der formulae, Verſchaffen des Eigenthums ex jure quiritium (Rum. V. i.), alſo eine ganz beſchränkte Art der Thätigkeit. Facere dagegen iſt der umfaſſende Ausdruck für jedes Thun oder Laſſen, ſey es juriſtiſcher oder faktiſcher Art, ſo daß darunter unter andern auch zu verſtehen iſt das dare, solvere, numerare, judicare, ambulare, reddere, non facere, curare ne fiat (b).

Bey contractlichen Verhältniſſen nun, das heißt bey Rechtsgeſchäften, kommen nur zweyerley intentiones in jus conceptae vor: si paret, centum (oder fundum, servum) *dari* oportere, und: quidquid *dari fieri* oportet; irgend eine andere Formel, und namentlich ein bloßes facere oder fieri oportere, kommt nicht vor (c). — Dieſes hängt aber ſo zuſammen. Eigentlich wäre überall das bloße facere

(b) *L.* 218. 175. 189 *de V. S.* (50. 16.).

(c) Nur die Verſchiedenheit findet ſich noch, daß die Condictionen blos die oben angegebenen Ausdrücke hatten, die d. l. actiones hinter dem oportet noch den Zuſatz: ex fide bona. — Einen Anſtoß könnte man finden an der bald activen, bald paſſiven Form des dare facere; damit verhält es ſich ſo. In den wirklichen Formeln wurde ſtets eine beſtimmte Perſon als Schuldner bezeichnet, und dazu paßte natürlich nur die active Form (z. B. quidquid Negidium dare facere oportet); wenn aber auf abſtracte Weiſe von ſolchen Intentionen geſprochen wurde, konnte ſowohl die eine als die andere Form gebraucht werden, wie es oben (Note a.) an dem Beyſpiel des Gajus, verglichen mit den Juſtinianiſchen Inſtitutionen, gezeigt worden iſt.

oportere ausreichend gewesen, da es das dare mit umfaßte. Da aber die Formel mit dare manche eigenthümliche Wirkungen und Vortheile mit sich führte, wie sich unten zeigen wird, so intendirte man auf dare, wo ein Rechtsgrund hierzu vorhanden war, um den Prätor und den Juder darauf hinzuweisen, daß er diese Folgen zur Anwendung bringe. Dare facere aber hieß soviel als dare *aut* facere (d), war also alternativ zu verstehen, und drückte daher aus, daß dem Juder freye Hand gelassen werde, auf dare, oder auf irgend ein anderes Thun, oder auch auf Beides neben einander, zu erkennen. Dieses war auch für die Fälle hinreichend, worin die Obligation gar nicht auf dare, sondern etwa blos auf Arbeit gerichtet war; es war kein Interesse dabey, Formeln mit einem bloßen facere oportere aufzustellen, da mit diesen nicht, so wie bey dem bloßen dare, besondere Vortheile verbunden waren.

XXVI.

Dieses vorausgesetzt, soll nun gezeigt werden, daß die Erklärung der condictio, welche so eben aus Gajus angegeben worden ist, völlig hinreicht, alle die Klagen von den Condictionen auszuschließen, die ich oben davon aus-

(d) *L.* 53 *pr. de V. S.* (50. 16.) „Saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur ... Cum vero dicimus, *quod eum dare facere oportet*, quodvis eorum sufficit probare." Es braucht also nicht Beides verbunden, als rechtlich begründet, nachgewiesen zu werden, sondern nur Eines oder das Andere.

geſchloſſen habe (a). Es ſind nämlich dadurch ausgeſchloſſen:

1) alle prätoriſche Klagen, da dieſe überhaupt nur eine Intentio in factum concepta hatten (Syſtem § 216.).

2) alle Civilklagen in rem, denn deren Intentio lautete auf rem (servitutem, hereditatem) suam esse.

3) alle civile Delictsklagen, denn deren Intentio lautete bey der furti actio ganz ſicher: pro fure damnum decidere oportere; bey der actio L. Aquiliae höchſt wahrſcheinlich blos: damnum decidere oportere; bey anderen Civildelicten wahrſcheinlich auf ähnliche Weiſe (b).

4) alle bonae fidei actiones, denn deren Intentio hatte am Schluß noch den Zuſatz: ex fide bona (c).

Bey dieſer Art, die einzelnen Klaſſen der Klagen durch beſondere Formen der Intentio zu unterſcheiden, ſcheint ſehr willkührlich und grundlos die Faſſung der civilen Delictsklagen, da man glauben ſollte, das ganz allgemeine facere hätte auch für dieſe ausgereicht, ja ſogar ſchon das bloße dare, indem der Erfolg dieſer Klagen, und ſelbſt der urſprüngliche Inhalt der ihnen zum Grund liegenden Obligation, ſtets in einer Geldzahlung beſtand. Allein jene eigenthümliche Intentio hatte eben den Zweck, dieſe Klagen auf eine recht anſchauliche Weiſe von den übrigen

(a) Vgl. oben Num. I. und Beylage XIII. Num. VI.

(b) Vgl. oben Num. XX.

(c) Vgl. oben Note c. — Man muß alſo bey Gajus die Worte quibus dari ... intendimus ganz ſtreng nehmen, nämlich ſo: mit dieſen Worten, und zwar mit ihnen allein, ohne allen weiteren Zuſatz.

zu unterſcheiden. Dieſes konnte unter andern bey einer Novation von Wichtigkeit ſeyn; wenn nämlich expromittirt wurde quidquid furem dare facere oportet, ſo war blos der Inhalt der condictio furtiva gemeynt, und die furti actio blieb daneben noch beſtehen, ſo daß durch dieſes Mittel die zwey verſchiedenen Obligationen des Diebes recht augenſcheinlich abgeſondert, und Misverſtändniſſe hierüber leichter vermieden wurden (d).

Im älteſten Recht beſtand noch ein anderer, und nicht unwichtiger Grund, weßhalb die furti actio nicht mit dare facere oportere gefaßt wurde. Nach den Zwölf Tafeln nämlich ſollte der fur manifestus nicht an Geld, ſondern durch den Verluſt der Freyheit beſtraft werden, er ſollte die Addiction erleiden. Dieſes Übel konnte man weder dare noch facere nennen, der unbeſtimmte Ausdruck decidere war auch darauf anwendbar, und ſo lag hierin das Mittel, die verſchiedenen Arten der furti actio unter Einer paſſenden Formel zuſammen zu faſſen. Seitdem der Prätor für das furtum manifestum die Geldſtrafe des vierfachen Werthes eingeführt hatte, fiel dieſer Beweggrund freylich hinweg.

So erſcheint alſo die Definition der condictio bey Gajus ſehr präcis und völlig befriedigend. Nicht daſſelbe Lob verdient eine Stelle des Ulpian, worin geradezu condictio für ganz gleichbedeutend mit in personam actio er-

(d) Ein ſolcher Fall wird erwähnt in *L.* 72 § 3 *de solut.* (46. 3.).

klärt wird (e). Dieſes wird auch dadurch nicht gebeſſert, daß nachher, ſcheinbar übereinſtimmend mit Gajus, hinzugeſetzt wird: In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *ad faciendum aliquid vel dandum.* Denn eine ſolche Verpflichtung auf dare oder facere findet ſich in der That bey allen Obligationen ohne Ausnahme, iſt alſo nicht der unterſcheidende Character der Condictionen. Da aber dieſe Stelle des Ulpian mit ſo vielen anderen Stellen deſſelben Verfaſſers in entſchiedenem Widerſpruch ſteht, ſo iſt mit großer Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß ſie von den Compilatoren ſtark umgeändert worden iſt. — Von einer Inſtitutionenſtelle iſt ſchon oben (Num. XXV. a.) bemerkt worden, daß ſie den Worten nach mit Gajus gleichlautend iſt, dem Sinne nach die condictio für jede perſönliche Klage überhaupt erklärt. — Eine ähnliche Erweiterung des Sprachgebrauchs, doch weniger entſchieden, findet ſich in einer Stelle des Codex (f).

Weit wichtiger und bedenklicher würde es ſeyn, wenn ſich Stellen der alten Juriſten nachweiſen ließen, worin bey einzelnen Rechtsverhältniſſen der Ausdruck condictio gebraucht würde, um eine wirkliche bonae fidei actio, namentlich die actio praescriptis verbis, zu bezeichnen.

(e) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), vgl. Syſtem § 206.

(f) *L.* 1 *C. de don. q. sub modo* (8. 55.) „... condictio quidem tibi in hoc casu, *id est in personam actio*, jure procedit" ... Man kann die Worte id est etc. als Erklärung des Ausdrucks condictio verſtehen, (alſo in demſelben Sinn wie *L.* 25 *pr. de V. O.*), ſie können aber auch ſagen wollen: „welche perſönliche Klage im vorliegenden Fall eine condictio ſeyn würde."

Dieſes wird nun in der That von folgenden zwey Stellen behauptet:

a) *L.* 19 § 2 *de praescriptis verbis* (19. 5.)

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est praescriptis verbis.*

Es iſt jedoch ſchon oben bemerkt worden, daß die Vulgata anſtatt condictione lieſt actione; da nun incerti *actio* eine ganz regelmäßige Bezeichnung der a. praescriptis verbis iſt, dieſe letzte Leſeart aber handſchriftliche Beglaubigung hat, ſo iſt es unbedenklich, dieſelbe vorzuziehen, wodurch die aus dieſer Stelle hergeleitete Einwendung verſchwindet (§ 217. o.).

b) *L.* 3 § 4 *de cond. causa data* (12. 4.). Unmittelbar vorher war geſagt, wenn Jemand einem Andern Geld gebe, damit Dieſer binnen einer beſtimmten Zeit einen Sklaven frey laſſe, der Sklave aber vor Ablauf der Zeit ſterbe, ſo daß den Empfänger noch kein Vorwurf treffe, ſo gelte die regelmäßige Rückforderung des Gegebenen nicht (g). Hieran ſchließt ſich nun die angeführte Stelle:

Quinimo et si nihil tibi dedi ut manumitteres, *pla-*

(g) *L.* 3 § 3 *de cond. causa data* (12. 4.) „... Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus, cessare.*" Bey den letzten Worten muß nun aus dem Vorhergehenden (§ 2 und § 3) ergänzend hinzu gedacht werden: nisi poeniteat, welches Ulpian nur nicht jedesmal wiederholen wollte. Dieſes poenitere aber hat wieder eigenthümliche Beſchränkungen, wodurch es im letzten Erfolg oft ganz wirkungslos werden kann. *L.* 5 *pr.* § 2. 3. 4. *eod*

cuerat tamen ut darem, ultro tibi competere actionem quae ex hoc contractu nascitur, *id est condictionem*, defuncto quoque eo.

Hier ſagen die Meiſten, es ſey die a. praescriptis verbis als condictio bezeichnet. Dieſe kann aber ſchon deshalb nicht gemeynt ſeyn, weil der Herr, der den Sklaven nicht manumittirt hat, unmöglich ſagen kann: *feci* ut dares. Deswegen haben Andere angenommen, die Worte id est condictionem ſeyen von Tribonian, oder gar von Abſchreibern, eingeſetzt. Allein ſelbſt durch dieſes gewaltſame Verfahren iſt nur die Hälfte der Schwierigkeit beſeitigt, nämlich die Bedeutung des Ausdrucks condictio, der Grund einer Klage erhellt daraus nicht. Offenbar aber ſollen die Worte ex hoc contractu nur als Wiederholung dienen für die vorhergehenden Worte *placuerat* tamen ut darem. Das placitum nun kann nur unter der Vorausſetzung contractus heißen und eine Klage erzeugen, wenn es durch Stipulation beſtärkt war. Dieſes alſo hat Ulpian gedacht, und zwar nicht unmittelbar geſagt, wohl aber durch das wiederholende ex *hoc contractu* angedeutet (h). Die Condiction iſt alſo die certi condictio aus der Stipulation. Und nun will Ulpian, mit ſtrengem innerem Zuſammenhang der Gedanken, Folgendes ſagen. So wie bey dem früheren Tod des Sklaven der Empfänger das Geld be-

(h) In anderen Stellen wird neben dem placitum die Stipulation ausdrücklich genannt (*L.* 27 *C. de pactis* 2. 3, *L.* 4 *C. de rer. perm.* 4. 64.); hier wird ſie durch das Wort contractu außer Zweifel geſetzt.

halten darf (§ 3: si minus, *cessare*), ſo darf er es ſelbſt noch einklagen, wenn es ihm nicht bezahlt, ſondern nur durch Stipulation verſprochen war (i).

XXVII.

Einige andere Stellen des Gajus ſcheinen für die Condiction nur die Intentio mit dare oportere (ohne facere) anzugeben, und die ſcheinbare Differenz derſelben von der oben angegebenen Stelle (Num. XXV.) bedarf einer Erklärung und Rechtfertigung.

Gajus IV. § 18. (a)

Nunc vero non proprie (b) condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus, *dari nobis* (c) *oportere:* nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Gajus wollte die neuen Condictionen mit den alten Legis actiones vergleichen, die dieſen Namen führten; da nun dieſe nur auf dare giengen (d), ſo konnte er natürlich

(i) Auch hier muß ergänzend hinzu gedacht werden: nisi poeniteat (Note g.). — Die hier verſuchte Erklärung hat im Weſentlichen ſchon Chesius jurispr. Rom. et Att. II. p. 786. Andere Erklärungen werden angeführt bey Glück B. 13 S. 41, Schulting notae ad Digesta III. p. 74. Eine neue Erklärung verſucht Pfordten Abhandlungen S. 278.

(a) Er hatte vorher von der alten Legis actio per condictionem geſprochen, und dabey bemerkt, condicere heiße eigentlich ſo viel als denuntiare, und bey der alten condictio ſey eine denuntiatio auf 30 Tage üblich geweſen. Die hier im Text abgedruckte Stelle ſteht auch, mit geringen Abweichungen, in dem § 15 *J. de act.* (4. 6.).

(b) Inst. *abusive.*

(c) Inst. *actor intendit*, dari *sibi* oportere (weil der Kaiſer nicht ſeine eigene Perſon in die Erklärung einflechten wollte).

(d) Gajus IV. § 19.

von den neuen Condictionen nur diejenigen erwähnen, die ihnen durch ihren Inhalt entsprachen, also nur die mit dare, nicht die mit dare facere.

Ganz dieselbe Bewandniß, und noch augenscheinlicher, hat es mit der folgenden Stelle, worin er vor dem möglichen Misverständniß warnen will, als ob die neuen Condictionen auf einer Fiction der alten beruhten, und diese Fiction in ihrer Formel ausgedrückt enthielten. Ein solches Misverständniß war natürlich nur denkbar bey denjenigen neuen Condictionen, die auf dare, nicht die auf dare facere giengen, da diese mit den alten Condictionen schon ihres Inhaltes wegen gar keine Verwandtschaft hatten.

Gajus IV. § 33.

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. Sive enim *pecuniam*, sive *rem* aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam *dari nobis oportere* intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.

So ist die wörtliche Differenz dieser zwey Stellen von der zuerst angeführten völlig erklärt und gerechtfertigt, und wir haben keinen Grund, deshalb dem Gajus ungenaue und schwankende Rede vorzuwerfen (e). Eben so aber haben wir auch keinen Grund, in jenen Stellen des

(e) Diese Rechtfertigung kommt freylich dem § 15 *J. de act.* (4. 6.) nicht zu Statten; denn Dieser ist ungeschickt compilirt aus Gajus IV. § 5 und § 18, so daß in ihm gar kein Grund sichtbar wird, weshalb die Formel der Condiction in der ersten Hälfte mit dare facere, in der zweyten mit dare, angegeben wird, so daß hier diese Verschiedenheit als blos nachlässige Rede erscheint.

Gajus die Angabe mehrerer ſucceſſiven Entwicklungsſtufen der Condiction anzunehmen, gleich als ob auf die alte condictio erſt blos die neue auf dare, dann die neueſte auf dare facere gefolgt wäre (f). Bey Gajus iſt vielmehr blos von Zwey Zeiten die Rede: der Zeit der Legis actiones (vor der L. Aebutia), und der Zeit, welche ſeit Aufhebung der L. actiones und Einführung der formulae eingetreten war, und die er als unverändert fortdauernd mit nunc bezeichnet. Indem er den heutigen Sprachgebrauch mit dem Beywort non proprie (bey Juſtinian abusive) belegt, will er damit keinen Tadel ausſprechen, ſondern nur die Abweichung von dem älteren Sprachgebrauch, und zugleich von der etymologiſchen Wortbedeutung bemerklich machen, weil condicere ſo viel heiße als denuntiare, da doch die denuntiationes bey den neueren Condictionen nicht mehr vorkämen.

XXVIII.

Die letzte Stelle des Gajus, die hier in Betracht kommt, lautet ſo:

Gajus IV. §. 2.

In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, *dare*, *facere*, *praestare oportere*.

Hier macht die wörtliche Abweichung von den drey

(f) Heffter in Gajum lib. 4 p. 65.

oben angeführten Stellen keine Schwierigkeit, denn in dieſen iſt die Rede von Condictionen allein, hier aber von den perſönlichen Klagen im Allgemeinen, von welchen ja die Condictionen nur eine einzelne Art ausmachen. — Auch Das iſt auf den erſten Blick einleuchtend, und macht daher keine Schwierigkeit, daß die in den Worten: id est ... oportere enthaltene Erklärung nicht alle perſönliche Klagen überhaupt zum Gegenſtand hat, ſondern nur diejenigen, welche mit einer Intentio in jus concepta verſehen ſind; denn die in factum gefaßten waren ja einer ſolchen gemeinſchaftlichen Angabe ihres Inhalts nicht empfänglich, da jede derſelben ganz anders lautete als die übrigen.

Alle Schwierigkeit liegt in dem Wort praestare. Da nämlich den vorhergehenden Worten dare facere ganz bekannte und ſichere Intentionsformen entſprechen, ſo erwartet man, daß bey manchen Klagen die Intentio auf praestare oportere gelautet haben möge. Nun kommt aber eine ſolche Intentio in dem ganzen Umfang unſrer Quellen nicht vor, und es läßt ſich mit Wahrſcheinlichkeit nicht annehmen, daß Gajus, der ſo reich an mannichfaltigen Beyſpielen iſt, gerade dieſe Form in einem Beyſpiel anzuführen vergeſſen haben ſollte; ganz unzuläſſig aber würde die Annahme ſeyn, daß die Römer mit dieſen Ausdrücken nach Gutdünken abgewechſelt haben ſollten, da vielmehr hierin die Beobachtung der ſtrengſten Gleichförmigkeit unverkennbar iſt.

Alles aber erklärt ſich daraus, daß Gajus von allen

persönlichen Klagen überhaupt sprechen will, also auch (wie er noch ausdrücklich hinzufügt) von den Delictsklagen, bey welchen der Ausdruck dare facere in der That nicht üblich war (Num. XXVI.); auf Diese also geht der Ausdruck praestare (a). Freylich auch nicht praestare als ein in der Intentio derselben wirklich vorkommender Ausdruck, sondern nur als allgemeine Hinweisung auf diesen, von dare facere verschieden lautenden, Ausdruck. Demnach läßt sich die angeführte Stelle des Gajus so umschreiben: „Die persönlichen Klagen haben als Intentio entweder ein bloßes Geben (dare), oder noch ein anderes, von dem Geben verschiedenes, Thun (facere), oder ein solches Leisten, welches nicht mit dem Ausdruck dare facere bezeichnet wird." Hierin ist also das praestare nicht von dem facere der Sache nach verschieden (so daß es nicht unter facere mit verstanden werden könnte), sondern nur wörtlich verschieden, und es bezieht sich auf die Intentio der De-

(a) Wesentlich dieselbe Erklärung, nur kurz angedeutet, findet sich bey Puchta Lehrbuch der Pandekten S. 213 Note b. — Eine andere Meynung hat Marezoll, über Dare, Facere, Prästare, in Linde's Zeitschrift B. 10 Num. VIII. Nach ihm geht praestare auf die b. f. actiones, und ist gleich dem zusammen gefaßten dare facere, anstatt daß die str. j. actiones ein abgesondertes dare oder facere zum Gegenstand haben sollen (S. 275. 280. 286. 297. 309. 310.). Allein wenn Diesem so wäre, läge darin kein Grund, noch neben dem dare facere das praestare auszudrücken, da M. selbst nicht annimmt, daß in der Intentio jemals das Wort praestare gestanden habe. Dare facere (für dare *aut* facere) hat überall dieselbe Bedeutung, in den Condictionen, wie in den b. f. actiones, und der Unterschied dieser beiden Klagarten wird blos durch den Zusatz ex fide bona bezeichnet.

lictsobligationen: damnum decidere, oder pro fure damnum decidere (b).

Man könnte einwenden, wenn Dieſes die Meynung des Gajus geweſen wäre, ſo hätte er ja beſtimmter ſagen können: dare facere *damnum decidere* oportere. Dieſes gieng aber deswegen nicht an, weil die Intentionen der einzelnen Delictsklagen wieder ihre Eigenthümlichkeiten hatten (Num. XXVI.), die nur durch eine ſo abſtracte Benennung, wie praestare, kurz umfaßt werden konnten.

Eine beſondere Beſtätigung erhält dieſe Erklärung des Gajus durch den etwas veränderten Ausdruck in Juſtinians Juſtitutionen.

§ 1 *J. de act.* (4. 6.).

Actiones in personam sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, *et aliis quibusdam modis.*

Die alii modi, die hier für praestare geſetzt werden, ſind nun eben: damnum decidere, pro fure damnum decidere, und vielleicht noch manche andere, uns unbekannte, Wendungen bey anderen Delictsklagen (c).

(b) Africanus braucht mehrmals damnum *praestare*, ganz willkührlich abwechſlend mit damnum *decidere*, für die der furti actio entſprechende Leiſtung. *L.* 61 *pr.* § 1. 2. 3. 5 *de furtis* (47. 2.).

(c) Nämlich man darf durchaus nicht dieſe Schlußworte mit den früher vorangehenden Worten: vel ex contractu, vel ex maleficio verbinden, als ob darin eine ergänzende Hinweiſung auf die Quaſicontracte und Quaſidelicte läge, wie es z. B. von Otto in Inst. l. c. geſchieht. Dann würde ja die in die Mitte eingeſchobene Parentheſe ſagen, nur die Contracte und Delicte, nicht die Quaſicontracte, erzeugten Klagen in personam, mit dare facere oportere.

zu unterscheiden. Dieses konnte unter andern bey einer Novation von Wichtigkeit seyn; wenn nämlich expromittirt wurde quidquid furem dare facere oportet, so war blos der Inhalt der condictio furtiva gemeynt, und die furti actio blieb daneben noch bestehen, so daß durch dieses Mittel die zwey verschiedenen Obligationen des Diebes recht augenscheinlich abgesondert, und Misverständnisse hierüber leichter vermieden wurden (d).

Im ältesten Recht bestand noch ein anderer, und nicht unwichtiger Grund, weshalb die furti actio nicht mit dare facere oportere gefaßt wurde. Nach den Zwölf Tafeln nämlich sollte der fur manifestus nicht an Geld, sondern durch den Verlust der Freyheit bestraft werden, er sollte die Addiction erleiden. Dieses Übel konnte man weder dare noch facere nennen, der unbestimmte Ausdruck decidere war auch darauf anwendbar, und so lag hierin das Mittel, die verschiedenen Arten der furti actio unter Einer passenden Formel zusammen zu fassen. Seitdem der Prätor für das furtum manifestum die Geldstrafe des vierfachen Werthes eingeführt hatte, fiel dieser Beweggrund freylich hinweg.

So erscheint also die Definition der condictio bey Gajus sehr präcis und völlig befriedigend. Nicht dasselbe Lob verdient eine Stelle des Ulpian, worin geradezu condictio für ganz gleichbedeutend mit in personam actio er-

(d) Ein solcher Fall wird erwähnt in *L.* 72 § 3 *de solut.* (46. 3.).

klärt wird (e). Dieſes wird auch dadurch nicht gebeſſert, daß nachher, ſcheinbar übereinſtimmend mit Gajus, hinzugeſetzt wird: In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *ad faciendum aliquid vel dandum.* Denn eine ſolche Verpflichtung auf dare oder facere findet ſich in der That bey allen Obligationen ohne Ausnahme, iſt alſo nicht der unterſcheidende Character der Condictionen. Da aber dieſe Stelle des Ulpian mit ſo vielen anderen Stellen deſſelben Verfaſſers in entſchiedenem Widerſpruch ſteht, ſo iſt mit großer Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß ſie von den Compilatoren ſtark umgeändert worden iſt. — Von einer Inſtitutionenſtelle iſt ſchon oben (Num. XXV. a.) bemerkt worden, daß ſie den Worten nach mit Gajus gleichlautend iſt, dem Sinne nach die condictio für jede perſönliche Klage überhaupt erklärt. — Eine ähnliche Erweiterung des Sprachgebrauchs, doch weniger entſchieden, findet ſich in einer Stelle des Codex (f).

Weit wichtiger und bedenklicher würde es ſeyn, wenn ſich Stellen der alten Juriſten nachweiſen ließen, worin bey einzelnen Rechtsverhältniſſen der Ausdruck condictio gebraucht würde, um eine wirkliche bonae fidei actio, namentlich die actio praescriptis verbis, zu bezeichnen.

(e) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), vgl. Syſtem § 206.

(f) *L.* 1 *C. de don. q. sub modo* (8. 55.) „... condictio quidem tibi in hoc casu, *id est in personam actio*, jure procedit" ... Man kann die Worte id est etc. als Erklärung des Ausdrucks condictio verſtehen, (alſo in demſelben Sinn wie *L.* 25 *pr. de V. O.*), ſie können aber auch ſagen wollen: „welche perſönliche Klage im vorliegenden Fall eine condictio ſeyn würde."

aut se debere, würde in Beziehung auf eine Klagformel nicht noch beſonders, neben jenen Drey Stücken, genannt werden können, eben ſo wie das ſpäter folgende: eamve rem .. se fecisse, obligatumve se ... esse. Allein es iſt ja auch hier nicht von (feſtſtehenden) Klagformeln die Rede, ſondern von Confeſſionen, die eben ſo willkührlich und zufällig verſchieden im Ausdruck gefaßt ſeyn konnten, wie es oben von den Stipulationen bemerkt worden iſt. Das Geſetz will alſo ſagen: es iſt gleichgültig, ob der Ausdruck der confessio ſo gefaßt war, wie es in den Klagformeln üblich iſt (dare, facere, praestare oportere), oder in anderen, das Daſeyn einer Verpflichtung bezeichnenden Worten (restituere oportere, se debere, obligatum se esse). Dagegen gehen die Worte: ejusve eam rem esse, aut se eam habere augenſcheinlich auf den Fall einer in rem actio, wobey bekanntlich zwey Stücke Gegenſtände des Beweiſes, alſo auch eines möglichen Geſtändniſſes ſind: das Eigenthum des Klägers (*ejus* eam rem esse), und der Beſitz des Beklagten, der das Geſtändniß ablegt (*se* eam habere) (a).

(a) Marezoll bey Linde, Zeitſchrift B. 10 S. 283 erklärt das *restituere* oportere von der Vindication; der Ausdruck restituere würde Das wohl zulaſſen, aber oportere geht durchaus nur auf Obligationen, von der Vindication reden alſo nur die Worte: ejus eam rem esse, se eam habere. Das restituere oportere geht daher auf die Reſtitution einer res commodata, deposita, locata, wobey auch das Geſtändniß mit dare facere, debere, obligatum esse, genügt haben würde.

XXX.

Die bisher vorgetragene Verschiedenheit und Verwandtschaft zwischen den Condictionen und anderen persönlichen Klagen wird noch deutlicher hervortreten durch Zusammenstellung derjenigen Intentiones in jus conceptae, die uns, mehr oder weniger vollständig, in Beyspielen persönlicher Klagen erhalten sind:

A) Condictionen (stricti juris actiones).

Si paret, X. Millia dari oportere. Gajus IV. § 41. 86.

Si paret, fundum Cornelianum dari oportere (a).

Quidquid dari fieri oportet. Gajus IV. § 136. *L.* 29 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 72 § 3 *de sol.* (46. 3.).

B) Bonae fidei actiones.

Sie haben stets die Intentio: Quidquid dari fieri oportet ex fide bona, keine andere (b). Es kommen davon folgende Beyspiele wirklich vor:

Depositi actio. Gajus IV. § 47. 60.

Emti. Gajus IV. § 131 (in der zweyten Formel).

(a) Eine vollständige Formel dieser Art kommt nicht vor, aber daß sie wirklich auf ein bloßes dare oportere lautete, ist nach Gajus IV. § 33 und II. § 204 nicht zu bezweifeln.

(b) So vollständig steht diese Formel nur bey Gajus IV. § 47, Cicero de off. III. 16 und Valerius Maximus VIII. 2 § 1. In den übrigen Stellen, worin die Formel nur beyläufig angeführt wird, sind die Schlußworte weggelassen, deren wirkliche Hinzufügung sich bey allen b. f. Actionen ohnehin von selbst verstand. Dagegen haben alle diese Stellen das dare facere oportet, nie blos facere, oder praestare, oder einen anderen Ausdruck, und Dieses durch eine solche Zahl von Zeugnissen belegen zu können, ist nicht unwichtig.

Cicero de offic. III. 16. Valerius Maximus VIII. 2. § 1.

Venditi. *L.* 27 *de novat.* (46. 2.).

Locati. *L.* 89 *de V. O.* (45. 1.).

Pro socio. *L.* 71 *pro socio* (17. 2.).

Tutelae. *L.* 14 *rem pupilli* (46. 6.).

C) Delictsobligationen.

Furti actio mit pro fure damnum decidi oportere. Gajus IV. § 37. 45.

Einige Beyſpiele, mit unvollſtändigen Formeln, ſind unbeſtimmt, indem in ihnen das dare facere ſowohl auf eine Condiction, als auf eine b. f. actio, gehen kann. Gajus IV. § 41. § 131 (in der erſten Formel).

Beſonders wichtig in dieſer Hinſicht iſt das vollſtändig erhaltene Formular der Aquiliana stipulatio. Dieſe ſollte dazu dienen, verſchiedene, vielleicht ſehr mannichfaltige Geſchäftsverhältniſſe aus früherer Zeit in ſich aufzunehmen, und ſo durch novatio zu tilgen, damit eine darauf folgende einfache acceptilatio jeden künftigen Anſpruch ſicher ausſchließen könnte. Zu dieſem Zweck drückte ſie ſich, in Beziehung auf Obligationen, alſo aus (c):

Quidquid te mihi ex quacumque causa *dare facere oportet*, oportebit, praesens in diemve ...

Gewiß war hier die Abſicht, alle beſtehende contractliche Verhältniſſe, mochten ſie aus Stipulationen oder aus anderen Contracten herrühren, alſo stricti juris oder bonae

(c) *L.* 18 § 1 *de accept.* (46. 4.), § 2 *J. quibus modis. oblig.* (3. 29.).

fidei seyn, recht sicher zu umfassen, und da zu diesem Zweck der Ausdruck dare facere für hinreichend erachtet wurde, so muß es in der That keine contractliche Obligationen gegeben haben, die nicht durch diesen Ausdruck erschöpfend bezeichnet gewesen wären. Daß hier das praestare nicht vorkommt, ist sehr natürlich, da in jener Stipulation nicht an Schulden aus Diebstählen oder anderen Delicten, sondern nur an die aus Verträgen und ähnlichen Geschäften, gedacht war.

XXXI.

Nachdem bisher die Condictionen im Allgemeinen betrachtet worden sind, sollen nunmehr die einzelnen Arten derselben untersucht und festgestellt werden.

Die meisten Schriftsteller haben dadurch Verwirrung in diese Lehre gebracht, daß sie alle specielle Bezeichnungen von Condictionen, wie sie irgendwo vorkommen mögen, als gleichartig betrachtet und daher auf eine Linie gestellt haben, gleich als ob sie Glieder einer und derselben Eintheilung wären. Es sind aber hier vielmehr Zwey Gesichtspunkte zu unterscheiden, nach welchen einzelne Arten der Condictionen aufgestellt werden (a).

(a) Ganz unrichtig also stellte man in Eine Reihe: Condictio indebiti, triticaria, furtiva u. s. w. Den hier gerügten Fehler hat richtig bemerkt Gans Obligationenrecht S. 87. 132. Er geht aber auf der anderen Seite zu weit, indem er irrigerweise Drey Gesichtspunkte unterscheiden will (wozu in unsren Quellen kein Grund vorhanden ist), und dadurch neue Verwirrung in die an sich einfache Sache bringt.

Erſtlich, nach den Entſtehungsgründen, kommen folgende beſondere Bezeichnungen vor: Condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob injustam causam, ex causa furtiva, ex lege. Dieſe Namen aber beruhen nicht auf einer durchgeführten Eintheilung, ſondern ſie ſollen blos dazu dienen, einige Fälle kurz zu bezeichnen; es iſt hauptſächlich ein theoretiſches Erleichterungsmittel, praktiſche Folgen knüpfen ſich an dieſe einzelnen Arten weniger (b). Ein beſonderer Werth wird von den Alten nicht darauf gelegt, die Namen werden oft nicht gebraucht, oder nicht genau gebraucht; beſonders aber haben gerade die wichtigſten Fälle gar keine habituelle Namen ähnlicher Art, ſo die Condictionen aus dem Darlehen, der Stipulation (c), der Expenſilation, dem Legat, obgleich es auch bey dieſen gar nicht unrichtig iſt, den Entſtehungsgrund daneben auszudrücken, wo gerade das Bedürfniß darauf führt. Der Name condictio ob turpem causam bezeichnet keinen eigenen Entſtehungsgrund, ſondern eine beſondere Modification, die bey der condictio sine causa oder ob causam datorum eintreten kann, wenn der Zweck einen unſittlichen Character hat.

Zweytens, nach den Klagformeln, woran ſich zugleich wichtige praktiſche Folgen anſchließen (d). Um dieſen

(b) Manche praktiſche Eigenthümlichkeiten finden ſich hie und da allerdings, wie z. B. bey der condictio indebiti die ſehr in's Einzelne gehende Beweisregeln.

(c) Von dem allerdings techniſchen Namen *actio* ex stipulatu wird weiter unten die Rede ſeyn, aber *condictio* ex stipulatu iſt nicht üblich. — Über den Namen condictio ex mutuo ſ. u. XLII. a.

(d) Die gänzliche Verſchieden-

ſchwierigen und beſtrittenen Gegenſtand mit Sicherheit behandeln zu können, iſt es nöthig, zuerſt die Klaſſen der Condictionen ſelbſt, unbekümmert um die Namen, aufzuſtellen, und dann über die Namen eine beſondere Unterſuchung anzuſtellen.

XXXII.

In Beziehung auf die Klagformeln und deren Wirkungen kommen folgende Drey Klaſſen von Condictionen vor, nicht mehr, nicht weniger.

I. Condiction auf eine beſtimmte Summe in baarem Geld. Sie war nur möglich, wenn der angebliche Entſtehungsgrund (Darlehen, Stipulation u. ſ. w.) auf eine baare Geldſumme hinführte, dann aber auch nothwendig, ſo daß hierin durchaus keine Willkühr Statt fand. War alſo in dieſer Hinſicht eine falſche Formel gewählt, ſo mußte ohne Zweifel die Klage abgewieſen werden.

Die Formel war: Si paret, Centum dare oportere, Iudex Centum condemna (a), alſo certa Intentio und certa Condemnatio. Voran gieng vielleicht eine Demonstratio, die den Entſtehungsgrund bezeichnete, z. B. Quod Agerius Negidio Centum mutuos dedit, oder: de Negidio Centum stipulatus est. Allgemein war wohl eine ſolche nicht, und

heit beider Klaſſificationen erhellt daraus, daß aus der Stipulation, dem Indebitum, dem Diebſtahl u. ſ. w., je nach den zufällig verſchiedenen Gegenſtänden, bald eine certi, bald eine incerti condictio entſteht.

(a) Gajus IV. § 41. 43. 86, ſ. o. Num. XXX.

namentlich mag ſie wohl in dem Prozeß des Roscius nicht vorgekommen ſeyn, da ſonſt Cicero nicht hätte in Frage ſtellen können, ob ein Darlehn, eine Stipulation, oder eine Expenſilation, der Klage zum Grunde liege. Vielleicht hing es alſo von der Willkühr des Klägers ab, ob eine Demonstratio hinzugefügt werden ſollte oder nicht. Wo dieſe Condiction eine ſpecielle Veranlaſſung hatte, wie z. B. Diebſtahl, Indebitum u. ſ. w., da mag wohl die Demonstratio ſtets hinzugefügt worden ſeyn. — Sogar müſſen wir annehmen, daß dieſe nähere Bezeichnung des Entſtehungsgrundes einer Forderung unmittelbar in der Intentio ausgedrückt werden konnte (Si paret, *ex stipulatu* centum dari oportere) (b), ſo daß alſo in dieſer Beziehung ein freyer Spielraum für die Faſſung der Formeln geſtattet worden iſt. In dem Prozeß des Roscius kann, aus dem eben angegebenen Grunde, dieſe nähere Bezeichnung auch in der Intentio nicht enthalten geweſen ſeyn. Dagegen wird in der oben aus Quinctilian angeführten Stelle (X. k.) vorausgeſetzt, daß die Stipulation als Klaggrund in der Formel ausgedrückt war; ſey es nun in der Demonstratio, oder in der Intentio, welches bey Quinctilian unbeſtimmt bleibt.

Die eigenthümliche, höchſt wichtige, Wirkung dieſer

(b) Gajus IV. § 55. „Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum pereclitari (velut) ... si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debatur.“ Daß er in der That eine in die Intentio aufgenommene Bezeichnung meint, zeigt unwiderſprechlich die Vergleichung mit § 58.

Art der Condiction war die sponsio tertiae partis, die keineswegs blos bey dem Gelddarlehen, sondern bey einer jeden auf baares Geld gerichteten Condiction Statt fand (Num. X. l. m). Cicero nennt sie auch *legitimae* partis sponsio, ohne Zweifel weil sie durch die Lex Silia für die alte Legis actio auf baares Geld eingeführt, und von dieser auf die neuere Condiction herüber genommen worden war.

Der Sinn dieser Sponsion war der, daß der Kläger den Beklagten zwingen konnte, für den Fall der Verurtheilung, außer der Hauptsumme, noch den dritten Theil derselben als Strafe zu bezahlen. Allerdings mußte auch der Kläger sich bequemen, eine gleiche Summe für den Fall der Abweisung zu versprechen (c); bey einer wohlbegründeten, mit guten Beweisen versehenen, Klage aber war diese Gefahr nicht bedeutend.

Diese Eigenthümlichkeit der Condiction auf baares Geld war praktisch wichtiger, als man auf den ersten Blick glauben möchte, ja sie war ohne Zweifel das wichtigste Moment, welches noch in späterer Zeit, als die Verschiedenheiten des Richterpersonals mehr zurück traten, zwischen den Condictionen und anderen Klagen einen namhaften Unterschied aufrecht hielt. Man denke sich, welchen Nachdruck auch im heutigen Rechtszustand eine Klage dadurch erhalten würde, wenn ihr eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Procent des Streitsgegenstandes beygelegt wäre.

(c) Gajus IV. § 13. 180.

XXXIII.

II. Condiction einer beſtimmten Sache außer dem baaren Geld.

Die Formel war: Si paret, fundum Cornelianum (oder Stichum servum, oder auch tritici optimi modios Centum) dari oportere, Iudex quanti ea res erit tantam pecuniam condemna, alſo certa Intentio, aber incerta Condemnatio (Num. XXX.). Auch hier konnten die verſchiedenſten Entſtehungsgründe vorkommen, ſelbſt ein Darlehen, welches nur nicht in baarem Gelde beſtand, ſo daß alſo hier der Unterſchied der Gegenſtände des Darlehens (Num. V.) praktiſche Wichtigkeit erhält. Der Entſtehungsgrund mag hier, eben ſo wie bey der Condiction auf baares Geld (Num. XXXII.) ſehr häufig, aber nicht allgemein, durch eine vorhergehende Demonstratio, oder auch in der Intentio ſelbſt, bezeichnet worden ſeyn.

Auch dieſe Formel war wieder nicht blos zuläſſig, ſondern nothwendig, wenn die vom Kläger angegebene Stipulation u. ſ. w. darauf führte, ſo daß alſo auch bey der Wahl dieſer Formel keine Willkühr Statt fand.

Sie war minder begünſtigt als die vorhergehende Formel, weil ihr die Sponſion des dritten Theils des Streitgegenſtandes nicht zur Seite ſtand. Dagegen war ſie, eben ſo wie jene, der Gefahr des plus petere ausgeſetzt, da ſie gleichfalls eine certa Intentio hatte (a).

(a) Gajus IV. § 53. 54.

Die zweifelhafteſte Frage bey dieſer Art der Klage iſt der Umfang der vom Judex auszuſprechenden Condemnation. Dieſe geht, nach der Formel, auf quanti res est, Welches in mehreren Stellen als aestimatio bezeichnet wird (b). Es fragt ſich aber, ob dieſe aestimatio auf den reinen Sachwerth zu beſchränken, oder vielmehr auf das vielleicht viel höhere Intereſſe des Klägers auszudehnen iſt. Man möchte das Erſte annehmen wegen der buchſtäblichen Natur einer stricti juris actio, und weil ſonſt in dieſer Beziehung der Unterſchied zwiſchen ſtrengen und freyen Klagen verſchwinden würde. Dennoch halte ich für wahrſcheinlicher, daß das vollſtändige Intereſſe des Klägers in die Verurtheilung aufgenommen wurde, und zwar aus folgenden Gründen.

Der Ausdruck: quanti res est hatte allmälig durch Interpretation immer mehr die Bedeutung des quanti interest angenommen, und namentlich ganz ſicher in den Condemnationsformeln ſehr vieler Klagen (Beylage XII.). Nun wäre es allerdings denkbar, daß bey den Condictionen die beſchränktere Schätzung des reinen Sachwerths nöthig gefunden worden wäre; es iſt aber höchſt unwahrſcheinlich, daß man in dieſem Fall dennoch unvorſichtigerweiſe denſelben Ausdruck, wie in jenen anderen Klagen, gebraucht haben ſollte, anſtatt durch die Verſchiedenheit

(b) *L.* 39 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) (da wo ſie die Stipulation erwähnt), *L.* 98 § 8 *de solut.* (46. 3.), Gajus II. § 202.

der in der Condemnationsformel gebrauchten Ausdrücke das sehr verschiedene Recht deutlich zu bezeichnen.

Ferner ist schon oben bemerkt worden, daß die einzelnen, durch die Entstehungsgründe bezeichneten, Condictionen nicht als verschiedene Klagen zu betrachten waren, also auch nicht verschiedenes Recht mit sich führen konnten (Num. XXXI.). Nun wurde aber ganz bestimmt Derjenige, welcher einen Sklaven gestohlen hatte, auf das volle Interesse verurtheilt (c), also liegt Dieses in der Natur der Condiction, und mußte auch eben so gelten, wenn der durch Stipulation versprochene Sklave nicht gegeben wurde (d). Man könnte einwenden, Dieses geschehe bey der condictio furtiva zur Bestrafung der besonderen Schlechtigkeit des Diebes. Allein erstlich ist der Natur der Condiction diese Betrachtungsweise fremd, und zweytens ist ja um Nichts weniger schlecht Derjenige, welcher den versprochenen Sklaven aus Bosheit tödtet, um ihn nicht geben zu müssen, oder den lebenden Sklaven blos hartnäckig zu geben verweigert, und dadurch die Verurtheilung in baares Geld erzwingt.

Dann kommen noch folgende nahe liegende Fälle vor. War ein Sklave durch Stipulation versprochen, dann vom Schuldner vergiftet, und nun noch vor der Wirkung des Giftes mancipirt worden, so war buchstäblich die Stipulation erfüllt, und dadurch die Stipulationsklage ausge-

(c) *L.* 3 *de cond. furt.* (13. 1.).

(d) Die Intentio gieng ja in beiden Fällen, bey dem Diebstahl und bey der Stipulation, gleicherweise auf: Stichum servum *dare oportere.*

ſchloſſen, wenn auch gleich nachher der Sklave an dem Gift ſtarb (e). Wegen des augenſcheinlichen Dolus aber bekam nun der Stipulator die doli actio, und durch dieſe das volle Intereſſe (Beyl. XII. Num. VIII. a. b.). War nun aber der Sklave vor der Mancipation geſtorben, alſo die Stipulation unerfüllt, ſo galt die Condiction auf den Sklaven (f), und es iſt doch kaum denkbar, daß er nun eine geringere Entſchädigung als in jenem Fall hätte erhalten ſollen. — Wenn der verſprochene Sklave durch einen Dritten getödtet wird, ſo iſt der dabey unſchuldige Promiſſor frey, aber es geht gegen den Dritten die doli actio auf volles Intereſſe (g), und auch hier muß man fragen, warum wohl der Stipulator weniger bekommen ſollte, wenn die Tödtung durch den Schuldner ſelbſt verübt wurde. — Wenn in einem ſolchen Fall der Bürge den verſprochenen Sklaven tödtete, ſo war die Hauptſchuld getilgt, folglich auch die Schuld des Bürgen vernichtet, aber gegen Dieſen gieng nun die doli actio auf das volle Intereſſe (h), und auch dabey drängt ſich wieder die ſo eben aufgeworfene Frage auf.

(e) *L.* 7 § 3 *de dolo* (4. 3.).

(f) *L.* 91 *pr. de V. O.* (45. 1.).

(g) *L.* 18 § 5 *de dolo* (4. 3.).

(h) Wenigſtens nach der Meynung des Papinian in *L.* 19 *de dolo* (4. 3.). Die meiſten freylich nahmen an, die Stipulationsklage ſelbſt daure gegen den Bürgen fort, jedoch nur als utilis actio, mit Hülfe einer Reſtitution. Auf dieſe Weiſe ſind folgende ſcheinbar widerſprechende Stellen zu vereinigen. *L.* 88. 91 § 4 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 95 § 1 *de solut.* (46. 3.). — *L.* 32 § 5 *de usuris* (22. 1.), *L.* 49 *pr. de V. O.* (45. 1.), *L.* 38 § 4 *de solut.* (46. 3.). Vgl. Ribbentrop Correalobligationen S. 32.

Man möchte nun freylich ſagen, in allen dieſen Fällen könne der Stipulator gleichfalls die doli actio noch nachträglich gebrauchen, um die Differenz des Sachwerths und des Intereſſe's nachzufordern; allein die angeführten Stellen ſcheinen ganz abſichtlich die doli actio nur gegen entfernter ſtehende Perſonen zuzulaſſen, gegen den Hauptſchuldner ſelbſt aber, durch ſtillſchweigende Übergehung Deſſelben zu verſagen, gerade deswegen weil gegen Dieſen die Stipulationsklage genügen müſſe: auch ſcheint überhaupt ein ſolcher Gebrauch der doli actio, zur bloßen Ergänzung einer anderen, ſchon vorhandenen Klage, nicht zuläſſig (i).

Endlich möchte wohl folgender Grund die bisher zuſammen geſtellten noch überwiegen. Wenn die Stipulation eines Grundſtücks auf einen beſtimmten Tag gerichtet iſt, dieſer aber durch des Schuldners Mora nicht eingehalten wird, ſo kann der Gläubiger das volle Intereſſe dieſer Verzögerung fordern (k). Es wäre aber ganz inconſequent, das Intereſſe für die weit ſtärkere Verletzung zu verſagen, wenn die Erfüllung durch den Willen des Schuldners nicht blos verzögert, ſondern völlig verhindert wird.

Obgleich es nun aus dieſen Gründen für ſehr wahrſcheinlich gehalten werden muß, daß die hier behandelte Art der Condiction, namentlich alſo auch im Fall einer Stipulation, auf das volle Intereſſe gieng, ſo wäre es

(i) *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.).

(k) *L.* 114 *de V. O.* (45. 1.) „Si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur: consecuturum me, *quanti mea intersit*, moram factam non esse."

dennoch wünſchenswerth, daß auch noch unmittelbare Zeugniſſe hierüber aufgefunden werden möchten.

XXXIV.

III. Condiction irgend eines Gegenſtandes außer dem Geben einer beſtimmten Sache.

Die Formel war: Quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus Judex condemna (Num. XXX.), alſo incerta Intentio und incerta Condemnatio. Der Entſtehungsgrund muß hier ganz allgemein durch eine vorhergehende Demonstratio ausgedrückt worden ſeyn, da es außerdem der Klage, wegen des höchſt allgemeinen Ausdrucks der angeführten Intentio, an jeder individuellen Bezeichnung gefehlt haben würde. Auch giebt Gajus in den Fällen dieſer Condiction jedesmal eine Demonstratio ausdrücklich an (a). Wegen der incerta Intentio war hier ein plus petere unmöglich, dieſe Gefahr alſo für den Kläger nicht vorhanden (b).

Dieſe Art der Condiction war, eben ihrer Unbeſtimmtheit wegen, auf die mannichfaltigſten Gegenſtände anwendbar. Zuerſt auf das Geben einer Sache, die von irgend einer Seite unbeſtimmt geblieben war, ſo daß die

(a) Gajus IV. § 136. 137 giebt als Beyſpiel an: Quod A. Agerius de N. Negidio *incertum* stipulatus est. Man muß aber nur nicht glauben, als ob jemals in einer wirklichen Klagformel der abſtracte Ausdruck incertum geſtanden hätte; an deſſen Stelle ſtand der wirkliche Gegenſtand der geſchloſſenen incerta stipulatio, z. B. possessionem tradi, insulam fabricari u. ſ. w. Es iſt alſo damit ganz wie mit den Namen Agerius und Negidius, die auch niemals in einer wirklichen Klagformel ſtanden.

(b) Gajus IV. § 54.

Gränzen der zur Erfüllung dienenden Handlung nicht aus der Formel völlig erkennbar waren (c). Ferner auf eine Tradition, das heißt die Übertragung des Beſitzes (d). Eben ſo auf die Eingehung eines obligatoriſchen Rechtsgeſchäfts, z. B. Bürgſchaft, Expromiſſion, Acceptilation, oder darauf, daß ein Rechtsgeſchäft in ſeinen Folgen wieder rückgängig gemacht werde (e). Endlich auf Arbeit irgend einer Art, oder auch auf eine bloße Unterlaſſung (f).

Die Wirkung dieſer Art der Condiction war die, daß der Beklagte das volle Intereſſe bezahlen mußte, ja Dieſes

(c) *L.* 75 § 1. 2. 4. 5. 8 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 60 *de leg.* 1 (30. un.). Hier fällt nämlich der Begriff der incerta stipulatio mit dem der incerta Intentio in den meiſten Fällen zuſammen, jedoch wohl nicht in allen. Die Stipulation: usumfructum fundi Corneliani dare spondes? war incerta (*L.* 75 § 3 *eod.*), ohne Zweifel weil wegen der ungewiſſen Lebensdauer der Geldwerth dieſes Nießbrauchs ungewiß war. Allein die Intentio wurde wahrſcheinlich ſo gefaßt: Si paret usumfructum dare oportere, ſo daß die Condiction zur zweyten Klaſſe gehörte (Num. XXXIII.), worin ein plus petere möglich war. Denn die Gränzen der Handlung, wozu der Schuldner verpflichtet war, hatten durchaus nichts Ungewiſſes: er ſollte den Nießbrauch gerade dieſer Sache durch in jure cessio beſtellen, nichts Anderes, nicht mehr noch weniger.

(d) *L.* 75 § 7 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 4 *pr. de usuris* (22. 1.). War der Gegenſtand eine res mancipi, ſo mußte Dieſes ganz unzweifelhaft ſeyn, weil hieran die Tradition niemals Eigenthum verſchaffen konnte. Allein auch bey einer res nec mancipi möchte wohl Daſſelbe gegolten haben; denn obgleich hier die Form der Tradition zur Übertragung des Eigenthums zureichte, ſo lag doch in dem Ausdruck dare mehr als in dem Ausdruck tradere, weil das Letzte ſchon vollſtändig erfüllt wurde, ſelbſt wenn die Sache einem Dritten gehörte, in welchem Fall das dare nicht vollzogen war. Dieſer Unterſchied iſt angedeutet in *L.* 11 § 2 *de act. emti* (19. 1.).

(e) *L.* 3 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 2 § 4 *de don.* (39. 5.), *L.* 12 *de nov.* (46. 2.), *L.* 68 *de V. O.* (45. 1.).

(f) *L.* 75 § 7 *de V. O.* (45. 1.).

war hier nicht anders möglich, da ein bestimmter Sachwerth (als Gegensatz des Interesse) durch den unbestimmten Gegenstand dieser Klagen von selbst ausgeschlossen war. Indessen lag hierin, nach der über die zweyte Klasse der Condictionen oben aufgestellten Ansicht (Num. XXXIII.), kein praktischer Unterschied zwischen diesen beiden Klassen. — Dagegen war allerdings ein solcher Unterschied darin anerkannt, daß die zweyte Klasse, eben so wie die erste, niemals die omnis causa, also die Früchte, mit umfaßte, welche in den Condictionen der dritten Klasse allerdings mit begriffen war (g).

Wenn man so die Wirkungen der drey Klassen von Condictionen mit einander vergleicht, so ist darin eine gewisse Abstufung unverkennbar, wodurch die dritte Klasse der freyen Natur der b. f. actiones sich annähert, ohne jedoch zu wirklicher Gleichheit mit Denselben zu gelangen (h). Es würde aber ganz unrichtig seyn, deswegen die Condictionen dieser dritten Klasse für uneigentliche zu halten, da sie die allgemeine Natur der Condictionen oder stricti juris actiones mit den übrigen völlig gemein haben, und unter dem von Gajus aufgestellten Begriff der condictiones unzweifelhaft enthalten sind: eben so unrichtig, als wenn auf der anderen Seite Manche behaupten, der Begriff der Condictionen sey auch wohl, in uneigentlichem Sprachge-

(g) *L.* 4 *pr. de usuris* (22. 1.).

(h) Beylage XIII. Num. XV. Diese vermittlende Natur der Condictionen dritter Klasse ist richtig bemerkt von Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 184.

brauch, über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden (i).

XXXV.

Wenn man so die aufgestellten drey Klassen der Condictionen, nach ihren praktischen Eigenthümlichkeiten, vergleicht, so ist es einleuchtend, daß die der ersten Klasse dem Kläger den großen Vortheil der Sponsion einer Succumbenzstrafe verschafften, wodurch sie sich vor allen übrigen auszeichneten. Dagegen waren ihm die der zweyten Klasse nachtheiliger als die der dritten. Sie führten die Gefahr des plus petere mit sich, und sie verschafften ihm nicht, neben der Hauptsache, noch die Früchte derselben; vielleicht auch verschafften sie ihm nur den reinen Sachwerth, nicht das Interesse, welche Meynung jedoch oben bekämpft worden ist.

Außer und über diesen drey Klassen der Condictionen

(i) Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 185. Hasse Wesen der actio S. 84. 85. Ganz irrig wird von Diesem der Ausdruck abusive oder non proprie mit einem solchen vermeyntlichen uneigentlichen Sprachgebrauch in Verbindung gesetzt, vgl. oben Num. XXVII. — Wenn ich aber behaupte, daß der Ausdruck condictio nie über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden sey, so ist Dieses von wirklichem, besonnenem Sprachgebrauch zu verstehen. Der falsche Schein größerer Allgemeinheit des Begriffs, der aus der unvorsichtigen Fassung einiger Stellen der Justinianischen Compilation entsteht (Num. XXV. a, XXVI. f. g.), kann dagegen nicht als Einwendung gelten, und darf nicht als ein wahrhaft veränderter Sprachgebrauch der Justinianischen Zeit angesehen werden, indem der alte Begriff der condictio unzähligen Stellen der Digesten so bestimmt zum Grunde liegt, daß sie ohne dessen Voraussetzung ganz unverständlich seyn würden.

aber steht eine noch hinzutretende Wirkung, die mit einem einzigen Fall der ersten Klasse der Condictionen verbunden ist, die strenge Exsecution nämlich, die durch die Zwölf Tafeln eingeführt war, und wodurch der Schuldner ursprünglich Leben oder Freyheit verlieren, späterhin in Schuldknechtschaft gerathen sollte. Diese sollte ursprünglich nur bey dem wahren Gelddarlehen Statt finden, später wurde sie auf das in der nexi obligatio enthaltene symbolische Gelddarlehen ausgedehnt, und nahm also, wiewohl nur beschränkt und theilweise, einen ähnlichen Entwicklungsgang, wie er hier für die Condictionen überhaupt durchgeführt worden ist. Die Lex Poetelia hob diese Erweiterung (die nexi obligatio) für immer auf, und seit dieser Zeit ist der in der Schuldknechtschaft liegende Zusatz zu der allgemeinen Wirkung der Condictionen, auf das Gelddarlehen im strengsten Sinn eingeschränkt geblieben, ohne irgend eine der Erweiterungen dieses Rechtsverhältnisses in sich aufzunehmen, welche hier als Grundlage der Condictionen (Num. VI—XI.) dargestellt worden sind (a). — Außerdem aber war die nexi obligatio, solange sie bestand, dadurch noch besonders geschützt, daß der Abläugnende zur Strafe den doppelten Betrag bezahlen mußte (b).

(a) Diese hier nur kurz angedeutete Lehre von der Schuldknechtschaft ist von mir ausführlich dargestellt worden in einer schon oben angeführten Schrift (Num. X. n.)

(b) Cicero de officiis III. 16.

brauch, über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden (i).

XXXV.

Wenn man so die aufgestellten drey Klassen der Condictionen, nach ihren praktischen Eigenthümlichkeiten, vergleicht, so ist es einleuchtend, daß die der ersten Klasse dem Kläger den großen Vortheil der Sponsion einer Succumbenzstrafe verschafften, wodurch sie sich vor allen übrigen auszeichneten. Dagegen waren ihm die der zweyten Klasse nachtheiliger als die der dritten. Sie führten die Gefahr des plus petere mit sich, und sie verschafften ihm nicht, neben der Hauptsache, noch die Früchte derselben; vielleicht auch verschafften sie ihm nur den reinen Sachwerth, nicht das Interesse, welche Meynung jedoch oben bekämpft worden ist.

Außer und über diesen drey Klassen der Condictionen

(i) Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 185. Hasse Wesen der actio S. 84. 85. Ganz irrig wird von Diesem der Ausdruck abusive oder non proprie mit einem solchen vermeyntlichen uneigentlichen Sprachgebrauch in Verbindung gesetzt, vgl. oben Num. XXVII. — Wenn ich aber behaupte, daß der Ausdruck condictio nie über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden sey, so ist Dieses von wirklichem, besonnenem Sprachgebrauch zu verstehen. Der falsche Schein größerer Allgemeinheit des Begriffs, der aus der unvorsichtigen Fassung einiger Stellen der Justinianischen Compilation entsteht (Num. XXV. a, XXVI. f. g.), kann dagegen nicht als Einwendung gelten, und darf nicht als ein wahrhaft veränderter Sprachgebrauch der Justinianischen Zeit angesehen werden, indem der alte Begriff der condictio unzähligen Stellen der Digesten so bestimmt zum Grunde liegt, daß sie ohne dessen Voraussetzung ganz unverständlich seyn würden.

aber ſteht eine noch hinzutretende Wirkung, die mit einem einzigen Fall der erſten Klaſſe der Condictionen verbunden iſt, die ſtrenge Exſecution nämlich, die durch die Zwölf Tafeln eingeführt war, und wodurch der Schuldner urſprünglich Leben oder Freyheit verlieren, ſpäterhin in Schuldknechtſchaft gerathen ſollte. Dieſe ſollte urſprünglich nur bey dem wahren Gelddarlehen Statt finden, ſpäter wurde ſie auf das in der nexi obligatio enthaltene ſymboliſche Gelddarlehen ausgedehnt, und nahm alſo, wiewohl nur beſchränkt und theilweiſe, einen ähnlichen Entwicklungsgang, wie er hier für die Condictionen überhaupt durchgeführt worden iſt. Die Lex Poetelia hob dieſe Erweiterung (die nexi obligatio) für immer auf, und ſeit dieſer Zeit iſt der in der Schuldknechtſchaft liegende Zuſatz zu der allgemeinen Wirkung der Condictionen, auf das Gelddarlehen im ſtrengſten Sinn eingeſchränkt geblieben, ohne irgend eine der Erweiterungen dieſes Rechtsverhältniſſes in ſich aufzunehmen, welche hier als Grundlage der Condictionen (Num. VI—XI.) dargeſtellt worden ſind (a). — Außerdem aber war die nexi obligatio, ſolange ſie beſtand, dadurch noch beſonders geſchützt, daß der Abläugnende zur Strafe den doppelten Betrag bezahlen mußte (b).

(a) Dieſe hier nur kurz angedeutete Lehre von der Schuldknechtſchaft iſt von mir ausführlich dargeſtellt worden in einer ſchon oben angeführten Schrift (Num. X. n.)

(b) Cicero de officiis III. 16.

XXXVI.

Nachdem jetzt die Klaſſen der Condictionen nach ihren Gränzen, Formeln, und Wirkungen, dargeſtellt worden ſind, iſt noch die Terminologie zu unterſuchen. Ich will eine Überſicht des Sprachgebrauchs, ſo wie ich ihn für richtig halte, vorausſchicken, und dann die Beweiſe nachfolgen laſſen.

Certi condictio, und actio oder condictio *si certum petetur* (oder *petatur*) iſt ganz gleichbedeutend, und bezeichnet ſtets und ausſchließend eine Condiction erſter Klaſſe, alſo auf baares Geld.

Triticaria condictio heißt jede andere Condiction, der Ausdruck umfaßt alſo die zweyte und dritte Klaſſe.

Incerti condictio iſt der Name einer Condiction der dritten Klaſſe, welcher alſo einen Theil Desjenigen bezeichnet, worauf der allgemeinere Name der triticaria geht.

Actio ex stipulatu iſt die triticaria condictio in beſonderer Anwendung auf die durch Stipulation begründete Condiction zweyter oder dritter Klaſſe.

Dieſe Behauptungen ſind nunmehr einzeln zu beweiſen.

XXXVII.

Daß die erſte Klaſſe der Condictionen (auf beſtimmte Geldſumme) den Namen führt, si certum petetur, gründet ſich auf das unmittelbare Zeugniß des Ulpian, in der be-

ſtimmteſten und unzweydeutigſten unter allen hier einſchlagenden Stellen.

L. 1 *pr. de cond. tritic.* (13. 1.).

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petetur* (a). Qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Dieſe Stelle iſt deswegen entſcheidender als alle übrigen, weil ſie geradezu eine erſchöpfende Eintheilung aller Condictionen aufſtellt, und dieſe mit Kunſtausdrücken belegt.

Ganz derſelbe Ausdruck findet ſich in den Rubriken der hier einſchlagenden Titel der Digeſten (XII. 1.) und des Codex (IV. 2.); auch handelt der erſte faſt blos, der zweyte ganz ausſchließend, von Forderungen beſtimmter Geldſummen.

Anderwärts kommt derſelbe Ausdruck mit geringen wörtlichen Varietäten vor. In zwey Stellen des Ulpian, als: condicticia actio per quam certum petitur (b), und causa, obligatio ex qua certum petitur (c). Bey Gajus IV. § 50 als formula qua certam pecuniam petimus.

In dieſem Ausdruck heißt alſo certum ſo viel als certa pecunia, im Gegenſatz aller anderen beſtimmten oder unbeſtimmten Gegenſtände einer Forderung; es wird aber

(a) Die Vulgata lieſt hier petatur, und eben ſo ſteht in der Rubrik von Cod. IV. 2. In den weiter unten angeführten Stellen ſteht petitur und petimus. Petetur ſteht in den Rubriken der Digeſten XII. 1, und möchte wohl der unmittelbare Ausdruck des Edicts ſeyn.

(b) *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.).

(c) *L.* 9 *pr. de R. C.* (12. 1.).

unten gezeigt werden, daß derſelbe Ausdruck bey der Stipulation eine andere Bedeutung hat.

Dieſe Art der Condiction von allen anderen durch einen eigenthümlichen Kunſtausdruck zu unterſcheiden, wurden die Römer durch mehrere Gründe beſtimmt. Ein hiſtoriſcher Grund lag in dem unmittelbaren Zuſammenhang derſelben mit der alten condictio ex L. Silia (Num. XXII.); ein praktiſcher in der wichtigen, nur hier geltenden, sponsio tertiae partis (Num. XXXII.); ein formeller Grund endlich lag darin, daß hier allein nicht nur die Intentio, ſondern auch die Condemnatio, völlig beſtimmt, alſo von jeder freyen Beurtheilung völlig unabhängig war.

XXXVIII.

Der Name *Certi* condictio iſt mit der eben erklärten Benennung völlig gleichbedeutend, alſo gleichfalls bey der Klage auf baares Geld ausſchließend anwendbar, ſo daß auch hier certum ſo viel heißt als certa pecunia.

Dieſes folgt ſchon aus den Worten; denn certum petere ſagt Daſſelbe wie certum condicere, und certum condicere kann unmöglich eine andere Bedeutung haben als certi condictio.

Es wird aber auch die Identität beider Ausdrücke unmittelbar in folgender Stelle des Ulpian bezeugt:

L. 9 pr. de R. C. (12. 1.).

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni

obligatione, *ex qua certum petitur*, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: *licet enim nobis* ex omni contractu certum condicere (a).

Die Hauptſache in dieſer Erklärung der certi condictio beſteht offenbar darin, daß der Ausdruck ausſchließend für die Klagen auf baares Geld, nicht für die auf das Eigenthum anderer beſtimmter Sachen, bezogen werden ſoll. Eine Beſtätigung dieſer beſchränkenden Erklärung liegt in folgendem Umſtand. Ohne Zweifel will hier Ulpian bemerklich machen, daß der Gebrauch dieſer Klage in vielen Fällen zu geſtatten ſey, worin auch ſchon andere Klagen gelten, weshalb man die Zuläſſigkeit jener Klage wohl bezweifeln konnte. Es muß alſo oft für den Kläger vortheilhaft geweſen ſeyn, dieſe Klage vorzugsweiſe vor anderen Contractsklagen anzuwenden. Dieſer Vortheil nun liegt für die Condiction auf baares Geld am Tage, anſtatt daß die Condiction eines Sklaven, eines Pferdes u. ſ. w., da wo ſie mit einer b. f. actio concurrirte, nur nachtheiliger als dieſe für den Kläger ſeyn konnte (Num. XXXV.), alſo keine Veranlaſſung zu der Frage gab, ob man wohl auch ſie vor anderen Klagen zu erwählen befugt ſeyn möchte (b).

(a) Ausführlich iſt die Stelle ſchon oben, Num. XXIII., erklärt.

(b) Auf ähnliche Weiſe verhält es ſich mit der *L.* 28 § 4 *de jure-jur.* (Num. VI. c.), worin auch nur die certi condictio in Concurrenz mit manchen b. f. actiones erwähnt wird, nämlich weil nur deren Concurrenz praktiſch erheblich war. — Noch anſchaulicher wird Dieſes bey der mit der actio L. Aquiliae concurrirenden Condiction (*L.* 9 § 1 *de R. C.* 12. 1.). Ulpian erwähnt dieſe Concurrenz nur bey der certi condictio; dennoch konnte ſie eben ſo bey der triticaria vorkommen, wenn z. B. der von dem Gegner zerſtörte

XXXIX.

Triticaria (a) condictio heißt jede, die nicht auf baares Geld geht, alſo ſowohl die auf beſtimmte, als die auf unbeſtimmte Gegenſtände, ſo daß ſie die zweyte und dritte Klaſſe der Condictionen gemeinſchaftlich bezeichnet, und daß durch ſie und die certi condictio der ganze Umkreis der Condictionen erſchöpft wird.

Dieſes ſagt ausdrücklich Ulpian in den Worten: Qui autem *alias res*, per triticariam condictionem petet (Num. XXXVII.). Der einzige Zweifel gegen die Allgemeinheit des Sinnes dieſer Stelle könnte etwa noch aus dem Wort res hergenommen werden, ſo daß der Name dennoch auf Condictionen mit *dare* oportere (nur außer dem baaren Geld) beſchränkt wäre. Allein dieſer Schein verſchwindet durch die von Ulpian hinzugefügten einzelnen Anwendungen. Mit dieſer Klage nämlich ſoll man einen fundus einfordern können „etsi vectigalis sit" (b). Bey einer gewaltſamen Dejection aus einem Grundſtück kann der vorige Beſitzer den fundus ſelbſt condiciren, wenn er Eigen-

Schuldſchein auf die über ein Grundſtück geſchloſſene Stipulation gerichtet war (Num. XIV.). Allein in dieſem Fall war durchaus kein Vortheil denkbar, der nicht eben ſo durch die actio L. Aquiliae erreicht werden konnte; umgekehrt konnte Dieſe größeren Vortheil bringen.

(a) Triticaria ſteht im Florentiniſchen Text der *L. 1 de cond. trit.* (13. 3.), triticiaria in der Rubrik (doch mit alter Correctur); eben ſo bey Halander im Text. Triticaria iſt ohne Zweifel vorzuziehen, da zu dem eingeſchobenen Vocal kein Grund vorhanden iſt.

(b) *L. 1 pr. de cond. trit.* (13. 3.).

thümer iſt; außerdem aber die possessio (c). In dieſen beiden Fällen nun werden Condictionen der zweyten und dritten Klaſſe ohne Unterſchied zuſammengeſtellt, ſo daß auf die einen, wie auf die anderen, die condictio triticaria gleichmäßig anwendbar ſeyn ſoll. Denn die Klage auf fundum dare oportere gehört zur zweyten Klaſſe; dagegen die auf den fundus vectigalis, an welchem kein Eigenthum verſchafft werden kann, und beſonders die auf die possessio, gehört zur dritten Klaſſe, da die Übertragung des Beſitzes ein facere iſt (nicht dare), Welches nur durch eine incerti condictio (quidquid dare facere oportet) eingeklagt werden kann (XXXIV. d.).

Wie ſich die certi condictio an die alte condictio ex L. Silia anſchloß, ſo die triticaria an die ex L. Calpurnia, über deren urſprünglichen Gegenſtand hinaus ſie jedoch weit ausgedehnt wurde. Nur den Namen hat ſie ohne Zweifel von ihr erhalten, da die condictio ex L. Calpurnia hauptſächlich auf ein in Getreide gegebenes Darlehen gerichtet worden ſeyn mag (d).

XL.

Incerti condictio heißt jede zur dritten Klaſſe gehörende, deren Intentio, auf Quidquid dare facere oportet lautend, eben ſo unbeſtimmt iſt, als die Condemnatio. Dieſer

(c) *L.* 2 *de cond. trit.* (13. 3.).

(d) S. o. Num. XXII. In Erklärungen des ſeltſamen Namens hat man ſich von jeher erſchöpft, und es finden ſich auch ſehr abgeſchmackte darunter. Vgl. Glück B. 13 § 843.

Sprachgebrauch wird wohl am Wenigſten bezweifelt werden, und daher ſind von mir auch ſchon bisher, ehe noch der Sprachgebrauch beſonders unterſucht war, die von einer incerti condictio redende Stellen unbedenklich auf Condictionen der dritten Klaſſe bezogen worden (a).

Hieraus folgt alſo, daß die incerti condictio einen Theil der triticaria in ſich ſchließt, ein anderer Theil derſelben aber, nämlich die Condiction der zweyten Klaſſe, gar keinen beſonderen Namen führt. Ohne Zweifel aber liegt hierin der Hauptgrund, welcher bisher die Anerkennung der richtigen Terminologie verhindert hat. Denn es hat einen täuſchenden Schein logiſcher Nothwendigkeit, daß alle Condictionen entweder certi oder incerti ſeyn müßten; nach der hier vorgetragenen Lehre liegt zwiſchen beiden eine Klaſſe in der Mitte, welcher weder der eine, noch der andere Name zukommt (b). Der Grund dieſer auffallenden Erſcheinung aber liegt darin, daß die Natur dieſer Mittelklaſſe in der That zweydeutig, und aus beiden Eigenſchaften gemiſcht iſt, da ſie nämlich eine incerta

(a) So z. B. Num. XXXIV. e. — Nicht gleichbedeutend mit der incerti *condictio* iſt die incerta *formula* bey Gajus IV. § 54. 131, denn darunter ſind auch die b. f. actiones mit begriffen.

(b) Ein ſcheinbarer Einwurf liegt in *L.* 12 *de nov.* (46. 2) „tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset." Allein hier gründet ſich das wirklich Ausſchließende dieſes Gegenſatzes auf die Umſtände des beſonderen Rechtsfalles. Denn es mußte entweder auf liberatio geklagt werden, welches als facere durch die incerti condictio gefordert wurde, oder auf Baarzahlung. Eine Condiction der zweyten Klaſſe konnte hier in keinem Fall vorkommen.

condemnatio neben einer certa intentio hat (Num. XXXIII. und System § 215.).

XLI.

Um dieſe Behauptung gegen Zweifel und Einwendungen zu ſichern, iſt es nöthig darauf aufmerkſam zu machen, daß der Gegenſatz des certum und incertum in verſchiedenen Anwendungen verſchiedene Bedeutungen, nach dem jedesmal eintretenden Bedürfniß, annimmt.

So hat er eine andere Bedeutung bey der Stipulation. Hier konnte man in der That ſagen, jede Stipulation iſt entweder certa oder incerta (auch certi oder incerti genannt) (a). Certa hieß jede, deren Umfang und Geldwerth aus den Worten, ohne Rückſicht auf künſtliche Ermittlung und zufällige Umſtände erkennbar war (b). Daher war ganz ſicher certa stipulatio nicht nur die auf Geld, ſondern auch die auf das Eigenthum eines beſtimmten Ackers, Sklaven, Pferdes gerichtete, ſo daß aus der certa stipulatio Condictionen bald der erſten, bald der zweyten Klaſſe (alſo certi und triticariae condictiones) entſprangen, nie der dritten. Aus der incerta stipulatio dagegen entſprangen faſt immer Condictionen der dritten Klaſſe, alſo incerti condictiones, doch nicht ganz allgemein; denn die Stipulation des Niesbrauchs war incerta, und erzeugte dennoch eine Condiction der zweyten Klaſſe, auf si paret dare oportere gerichtet (Num. XXXIV. c.).

(a) *L.* 68 *de V. O.* (45. 1.). (b) *L.* 74. 75 *de V. O.* (45. 1.).

Dagegen hatte bey der in jure confessio das Certum dieſelbe Bedeutung, welche ihm oben in Anwendung auf die Condictionen beygelegt worden iſt (Num. XXXVI—XXXVIII.), ſo daß dieſe Analogie ſehr zur Unterſtützung des hier behaupteten Sprachgebrauchs dient. In dieſem Sinn nämlich heißt es: *Certum* confessus *pro judicato erit*, incertum non erit (c). Das will ſagen: nur wenn das vor dem Prätor abgelegte Geſtändniß auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtet iſt, wird dadurch jedes fernere Urtheil entbehrlich, ſo daß unmittelbar die Exſecution erfolgen kann. Geht dagegen das Geſtändniß auf das Eigenthum eines Hauſes, oder auf die Verpflichtung zum Geben eines Landguts u. ſ. w., ſo iſt Daſſelbe zwar von Wirkung, indem der Inhalt als Wahrheit gilt, aber es muß noch immer ein richterliches Urtheil hinzukommen, wodurch der Geldwerth jenes Eigenthums, oder jener Forderung, feſtzuſtellen iſt (d). — Auch hier alſo heißt certum ſo viel als certa pecunia, ganz wie es oben bey den Condictionen behauptet worden iſt.

XLII.

In beſonderer Anwendung auf die Stipulation hat ſich der Sprachgebrauch folgendermaßen feſtgeſtellt.

Aus ihr, wie aus anderen Thatſachen, konnte bald

(c) *L.* 6 *pr. de confessis* (42. 2.).
(d) *L.* 6 § 1. 2 *de confessis* (42. 2.), *L.* 25 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.) — Die hier aufgeſtellten Regeln ſind auf überzeugende Weiſe dargethan worden von Bethmann-Hollweg Verſuche über Civilprozeß S. 264—270.

eine certi, bald eine triticaria condictio entſtehen. Die certi condictio aber war von ſo eigenthümlicher Natur und Wichtigkeit, daß man da, wo ſie begründet war, meiſt nur dieſen Namen zu gebrauchen pflegte, ohne daneben den Entſtehungsgrund auszudrücken (a). Wo aber nicht ſie, ſondern eine Condiction der zweyten oder dritten Klaſſe Statt fand, da war die Bezeichnung des Entſtehungsgrundes (condictio indebiti, sine causa, ex causa furtiva u. ſ. w.) üblicher. Nach dieſer Analogie hätte man alſo auch von einer condictio ex stipulatu ſprechen können, es iſt aber üblich geworden, dafür den Namen *actio* ex stipulatu zu gebrauchen, vielleicht aus keinem andern Grunde, als um hier die Unterſcheidung von der *certi* condictio ex stipulatu ſchon durch den Ausdruck ſchärfer zu bezeichnen.

So iſt alſo die actio ex stipulatu nichts Anderes, als die triticaria condictio aus einer Stipulation. Und eben aus dem hier bemerkten Umſtand, daß bey den Condictionen zweyter und dritter Klaſſe die Beyfügung des Entſtehungsgrundes häufiger vorkam, erklärt ſich wohl die ſonſt räthſelhafte Seltenheit des Ausdrucks triticaria condictio in unſren Rechtsquellen. Es kam bey einzelnen

(a) Dieſer Sprachgebrauch tritt ſehr deutlich hervor in *L.* 9 *pr. de R. C.* (12. 1.), ſ. o. Num. XXIII. — Daher führt auch die Darlehensklage zwar bey neueren Schriftſtellern den techniſchen Namen condictio ex mutuo, aber nicht bey den Römern; denn da faſt immer nur von dem Darlehen in Geld die Rede iſt, ſo iſt die daraus entſpringende Condiction ſtets certi, wobey eben die causa nicht ausgedrückt zu werden pflegt. Vgl. oben Num. XXXI.

Rechtsverhältnissen vorzüglich darauf an, das Daseyn einer condictio überhaupt, im Gegensatz anderer Klagen, festzustellen; dann auch wohl die certi condictio, oder die incerti condictio, wo die eine oder die andere begründet war; endlich nicht selten den Entstehungsgrund. Dagegen machte sich nur selten das Bedürfniß fühlbar, das specielle Daseyn der triticaria, das heißt eigentlich, die bloße Negation der certi condictio, allgemein auszusprechen; denn triticaria heißt nur: eine Condiction, die nicht certi ist, übrigens aber von der verschiedensten Beschaffenheit seyn kann.

Dabey müssen noch zwey, von neueren Schriftstellern aufgestellte, Behauptungen abgewehrt werden.

Erstlich ist gesagt worden, actio ex stipulatu werde in einem uneigentlichen Sinn auch wohl für jede Stipulationsklage, mit Einschluß der certi condictio, gebraucht (b). Ich glaube im Gegentheil, daß dieser Ausdruck meist ganz bestimmt und erweislich eine Sache außer dem baaren Geld bezeichnet, oder, wo das Object unbestimmt gelassen wird, eben so gut eine solche Sache, als baares Geld, bezeichnen kann (c). Anders ist es mit dem verbalen Ausdruck: agere, consequi, petere ex stipulatu; dieser hat gar keine technisch bestimmte Natur, und wird daher öfter

(b) Schrader p. 495 ed. Inst. in 4°.

(c) *L.* 51 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 7 *C. de pactis* (2. 3.), *L.* 6 *C. de transact.* (2. 4.), *L. un. pr. C. de r. ux. act.* (5. 13.).

auch von der Stipulationsklage auf baares Geld, alſo der certi condictio, gebraucht (d).

Erheblicher iſt die zweyte Behauptung, nach welcher die actio ex stipulatu gar nicht die Natur einer wahren Condiction haben ſoll. Daß ſie dieſe Natur hat, wird durch die beſtimmteſten Stellen bezeugt (e). Der Name actio kann dagegen keinen Zweifel erregen (Num. I.). Der aus einer Inſtitutionenſtelle entſtehende Zweifel aber wird ſogleich näher erwogen werden.

XLIII.

Es bleibt nun noch die Angabe und Erklärung einiger Stellen übrig, die an manchen der hier aufgeſtellten Behauptungen Zweifel erregen können.

Die erſte iſt eine Stelle deſſelben Ulpian, von welchem die entſcheidendſten Zeugniſſe für den oben feſtgeſtellten Sprachgebrauch herrühren.

L. 24 *de R. C.* (12. 1.).

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet: sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

(d) *L.* 21 § 12 *de receptis* (4. 8.), *L.* 42 *pro socio* (17. 2), *L.* 28 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 57 *de solut.* (46. 3.), *L.* 14 *C. de pactis* (2. 3.).

(e) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* (13. 1.), worin bey dem ususfructus und der Servitut die Stipulation namentlich erwähnt wird, bey den übrigen Gegenſtänden aber eben ſo hinzu zu denken iſt. Ferner Gajus IV. § 136, welcher für die incerti stipulatio eine Formel angiebt, die nach § 5 deſſelben Buchs nothwendig für eine Condiction gehalten werden muß.

Wenn man hier die Bedeutung des Ausdrucks certum stipulari zum Grunde gelegt, die anderwärts, und zwar gleichfalls in Stellen des Ulpian, vorkommt (Num. XLI.), ſo würde die vorliegende Stelle ſagen, daß die condictio si certum petetur bey der Stipulation auf ein Haus oder Pferd eben ſo gut angeſtellt werden könne, als bey der auf baares Geld gerichteten. Da aber dadurch Ulpian mit ſich ſelbſt, und zwar gerade mit der unzweydeutigſten aller dieſen Gegenſtand betreffenden Stellen (Num. XXXVII.) in unauflöslichen Widerſpruch gerathen würde, ſo muß man annehmen, daß er in der gegenwärtigen Stelle unter dem Ausdruck certum stipulatus blos eine Geldſtipulation verſtanden hat. Dann ſcheint ihn allerdings noch der Vorwurf eines in dieſer Hinſicht ſchwankenden Sprachgebrauchs zu treffen; allein auch dieſer Vorwurf würde vielleicht verſchwinden, wenn wir die ſo eben mitgetheilte Stelle in ihrem urſprünglichen Zuſammenhang leſen könnten, der ſich aus ihrer höchſt fragmentariſchen Geſtalt unmöglich errathen läßt.

XLIV.

Calliſtratus ſagt, wenn ein Glaubiger einen Erben ſeines Schuldners verklagen wolle, und über den Umfang des Erbtheils ungewiß ſey, ſo ſolle er den Beklagten hierüber vor dem Prätor befragen.

L. 1 *pr. de interrog.* (11. 1.).

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in per-

sonam sit actio, et ita, si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

Die Gefahr des plus petere aber war bey der zweyten Klasse der Condictionen eben so groß, als bey der ersten (Num. XXXIII.). Daher scheint also diese Stelle die Klage si certum petetur als gemeinschaftliche Bezeichnung beider ersten Klassen zu erwähnen, ganz im Widerspruch mit der oben vorgetragenen Lehre. — Indessen ist doch diese Folgerung weniger nothwendig als sie auf den ersten Blick scheinen möchte. Es ist nämlich wohl denkbar, daß in diesem Fall die Intentio mit völliger Sicherheit so gefaßt werden konnte: si paret, Negidium fundum Cornelianum, qua ex parte heres Seji est, dare oportere, ganz wie in ähnlichen Fällen schuldloser Ungewißheit auch die Vindication auf eine unbestimmte Quote zugelassen wurde (a). Bey einer Geldstipulation dagegen war diese Auskunft unmöglich, wenn der Kläger den Vortheil der certi condictio genießen wollte, da hierzu gewiß der unbedingte Ausdruck einer bestimmten Geldsumme erforderlich war.

(a) *L.* 76 § 1 *de rei vind.* (6. 1.). „Incertae partis vindicatio datur, si *justa causa* interveniat." Eine justa causa ist es gewiß, wenn der Kläger über die Erbschaftsverhältnisse des Beklagten zweifelhaft ist. — *L.* 8 § 1 *comm. div.* (10. 3.), Gajus IV. § 54. — Es wäre auch möglich, daß man in solchen Fällen dem Gläubiger eine incerti condictio (mit Quidquid .. oportet) gestattet hätte; auch diese konnte ihm, bey einer Geldstipulation, wenigstens nicht die sponsio tertiae partis verschaffen.

XXXIX.

Triticaria (a) condictio heißt jede, die nicht auf baares Geld geht, alſo ſowohl die auf beſtimmte, als die auf unbeſtimmte Gegenſtände, ſo daß ſie die zweyte und dritte Klaſſe der Condictionen gemeinſchaftlich bezeichnet, und daß durch ſie und die certi condictio der ganze Umkreis der Condictionen erſchöpft wird.

Dieſes ſagt ausdrücklich Ulpian in den Worten: Qui autem *alias res*, per triticariam condictionem petet (Num. XXXVII.). Der einzige Zweifel gegen die Allgemeinheit des Sinnes dieſer Stelle könnte etwa noch aus dem Wort res hergenommen werden, ſo daß der Name dennoch auf Condictionen mit *dare* oportere (nur außer dem baaren Geld) beſchränkt wäre. Allein dieſer Schein verſchwindet durch die von Ulpian hinzugefügten einzelnen Anwendungen. Mit dieſer Klage nämlich ſoll man einen fundus einfordern können „etsi vectigalis sit" (b). Bey einer gewaltſamen Dejection aus einem Grundſtück kann der vorige Beſitzer den fundus ſelbſt condiciren, wenn er Eigen-

Schuldſchein auf die über ein Grundſtück geſchloſſene Stipulation gerichtet war (Num. XIV.). Allein in dieſem Fall war durchaus kein Vortheil denkbar, der nicht eben ſo durch die actio L. Aquiliae erreicht werden konnte; umgekehrt konnte Dieſe größeren Vortheil bringen.

(a) Triticaria ſteht im Florentiniſchen Text der *L.* 1 *de cond. trit.* (13. 3.), triticiaria in der Rubrik (doch mit alter Correctur); eben ſo bey Halsander im Text. Triticaria iſt ohne Zweifel vorzuziehen, da zu dem eingeſchobenen Vocal kein Grund vorhanden iſt.

(b) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* (13. 3.).

thümer ist; außerdem aber die possessio (c). In diesen beiden Fällen nun werden Condictionen der zweyten und dritten Klasse ohne Unterschied zusammengestellt, so daß auf die einen, wie auf die anderen, die condictio triticaria gleichmäßig anwendbar seyn soll. Denn die Klage auf fundum dare oportere gehört zur zweyten Klasse; dagegen die auf den fundus vectigalis, an welchem kein Eigenthum verschafft werden kann, und besonders die auf die possessio, gehört zur dritten Klasse, da die Übertragung des Besitzes ein facere ist (nicht dare), Welches nur durch eine incerti condictio (quidquid dare facere oportet) eingeklagt werden kann (XXXIV. d.).

Wie sich die certi condictio an die alte condictio ex L. Silia anschloß, so die triticaria an die ex L. Calpurnia, über deren ursprünglichen Gegenstand hinaus sie jedoch weit ausgedehnt wurde. Nur den Namen hat sie ohne Zweifel von ihr erhalten, da die condictio ex L. Calpurnia hauptsächlich auf ein in Getreide gegebenes Darlehen gerichtet worden seyn mag (d).

XL.

Incerti condictio heißt jede zur dritten Klasse gehörende, deren Intentio, auf Quidquid dare facere oportet lautend, eben so unbestimmt ist, als die Condemnatio. Dieser

(c) *L.* 2 *de cond. trit.* (13. 3.).

(d) S. o. Num. XXII. In Erklärungen des seltsamen Namens hat man sich von jeher erschöpft, und es finden sich auch sehr abgeschmackte darunter. Vgl. Glück B. 13 § 843.

heit der drey Klaſſen der Condictionen ſelbſt, Welches viel wichtiger iſt als der Sprachgebrauch.

XLVII.

Am Schluß dieſer Unterſuchung über die Condictionen iſt nun noch die hiſtoriſche Frage zu berühren, wann und wie dieſe Begriffe und Rechtsregeln entſtanden ſind. Darüber iſt oben nur Das behauptet worden, daß die Condictionen, wie wir ſie in unſren Rechtsquellen vorfinden, dem mit der L. Aebutia anfangenden Zeitalter der formulae angehören, daß ſie ſich aber, dem Namen und zum Theil auch der Sache nach, an die alte Legis actio per condictionem anſchließen.

Neuere Schriftſteller haben ſehr beſtimmte Behauptungen über die hiſtoriſche Entwicklung der Condictionen aufgeſtellt. Nach ihnen hat zuerſt lange Zeit keine andere Condiction beſtanden, als die auf beſtimmte Gegenſtände gerichtete; Stipulationen alſo auf irgend eine Handlung, ſey es Arbeit oder ein Rechtsgeſchäft, ſollen damals unmöglich geweſen ſeyn, und man ſoll ſich anſtatt Derſelben lediglich mit ſtipulirten Geldſtrafen, für den Fall der unterbleibenden Handlung, beholfen haben. Erſt weit ſpäter ſoll die Erweiterung des Rechtsinſtituts eingetreten ſeyn, die durch die incerti condictio auf Quidquid dare facere oportet ausgedrückt werde (a).

(a) Gans Obligationenrecht S. 84. 85. Haſſe Weſen der actio S. 68. 77.

In Beziehung auf dieſe Frage muß ich meine Unwiſſenheit bekennen. Es iſt nicht gerade unmöglich, daß es ſich ſo zugetragen hat, wie Jene meynen, an Zeugniſſen darüber fehlt es uns gänzlich, und nicht einmal für wahrſcheinlich kann ich jenen Hergang halten, da das Bedürfniß von Verträgen der oben beſchriebenen Art ein ſehr natürliches und allgemeines iſt, die ausſchließende Befriedigung deſſelben durch Strafſtipulationen aber (ſo zweckmäßig ſie in einzelnen Fällen ſeyn mögen) für ſo unbehülflich gehalten werden muß, daß ohne Zweifel eine bequemere Auskunft ſich bald Bahn gebrochen haben müßte. — Die entgegengeſetzte Möglichkeit würde demnach ſo zu denken ſeyn, daß das ganze Syſtem der Condictionen, wie wir es kennen, mit einemmal entſtanden ſeyn mag. Auch damit iſt die Annahme wohl vereinbar, daß einige Zeit nöthig war, ehe die Begriffe, Formeln, Kunſtausdrücke, zu ihrer völligen, planmäßigen Ausbildung gelangten, worin ſie ſich dann für immer fixirten. Allein eine ſolche nicht ganz augenblickliche formelle Entwicklung würde noch immer ſehr verſchieden ſeyn von derjenigen ſucceſſiven Veränderung der Rechtsregeln ſelbſt, die von jenen Schriftſtellern als Thatſache angenommen wird; verſchieden beſonders auch darin, daß eine Veränderung wie dieſe vielleicht erſt durch lange Zeiträume hervorgebracht wird, anſtatt daß jene Entwicklung in kurzer Zeit vollbracht werden kann.

Denjenigen insbeſondere, Welche etwa geneigt ſeyn

möchten, die Entſtehung der incerti condictio in ſehr neue Zeit, etwa in die Kaiſerzeit, zu verſetzen, würden folgende Gründe entgegen ſtehen.

Will man überhaupt hierin einen ſucceſſiven Fortſchritt von buchſtäblicher Beſchränktheit zu freyerer Befriedigung praktiſcher Bedürfniſſe annehmen, ſo würde die natürliche Folge dieſe ſeyn müſſen: Condictio auf baares Geld und andere beſtimmte Sachen. Incerti condictio. Bonae fidei actio. Denn wenn man die b. f. actiones für alt, die incerti condictio aber für eine neuere Rechtsbildung halten wollte, ſo würde Dieſes mit aller Analogie im Widerſpruch ſtehen. — Allein das Syſtem der b. f. actiones war ſchon zur Zeit des Cicero nicht nur vollſtändig ausgebildet, ſondern er erwähnt dieſelben auch auf eine Weiſe, daß die alte Herkunft ihrer Formeln, ſelbſt in den theilweiſe alterthümlichen Ausdrücken, unverkennbar hervortritt (b). In einer Erzählung, worin die Formel der emti actio mit dem Zuſatz ex fide bona wörtlich erwähnt wird, erſcheint der Vater des Cato als handelnd (c), Welches alſo in die Zeit vor Cicero hinauf weiſt (d). — Eine Beſtätigung des alten Urſprungs der b. f. actiones im Allgemeinen drängt ſich uns auch auf, wenn wir den größten Theil derſelben (z. B. Kauf, Depoſitum u. ſ. w.) mit denjenigen unter ihnen vergleichen, die in der That

(b) Cicero de off. III. 15. 17, topica C. 17.
(c) Cicero de off. III. 16, Valerius Maximus VIII. 2. § 1.
(d) Vgl. oben Beylage XIII. Num. XIII.

erſt in etwas neuerer Zeit anerkannt wurden, wie die aus den ſogenannten Innominatcontracten. Die völlig verſchiedene Behandlung der einen und der anderen bey den alten Juriſten tritt hier unverkennbar hervor.

Was aber noch unmittelbar die incerti condictio betrifft, ſo iſt folgende wohl beglaubigte Erzählung zu beachten. Vor dem Jahr der Stadt 664, in welchem die L. Julia der Latiniſchen Nation das Römiſche Bürgerrecht verlieh, wurde in derſelben das Eheverlöbniß vermittelſt einer Sponſion geſchloſſen, aus welcher, im Fall der willkührlichen Aufkündigung, auf Entſchädigung geklagt werden konnte; „litem pecunia (Iudex) aestimabat: *quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari* .. condemnabat" (e). Dieſes iſt das vollſtändigſte Bild einer damals geltenden, und gewiß aus weit früherer Zeit herrührenden, incerti condictio. Man wende nicht ein, Dieſes ſey Latiniſches Recht geweſen nicht Römiſches, ja es habe gerade durch die Ertheilung der Römiſchen Civität auch bey den Latinern aufgehört. Das iſt wahr in Anſehung der Klagbarkeit des Verlöbniſſes, deren gänzliche Verwerfung allerdings als ein eigenthümlicher Satz des Römiſchen Rechts betrachtet werden muß (f); aber die in dieſer Erzählung ganz gelegentlich hervortretende, auch das

(e) Gellius IV. 4 aus Neratius de nuptiis.

(f) Der Grund dieſes Rechtsſatzes iſt ausgeſprochen in *L.* 134 *pr. de V. O.* (45. 1.). In älterer Zeit mag auch in Rom eine Sponſion vorgekommen ſeyn, und die Wirkung einer Klage hervorgebracht haben. *L.* 2 *de sponsal.* (23. 1.).

bloße facere umfaſſende, Natur der Stipulation überhaupt, und der aus ihr entſpringenden incerti condictio, deutet auf einen ähnlichen Rechtszuſtand hin, der für die Römer deſſelben Zeitalters mit der größten Wahrſcheinlichkeit anzunehmen iſt.

Endlich iſt noch zu erwägen, daß die Vertheidiger der hier in Zweifel gezogenen Meynung zu einſeitig an die Stipulation, als Entſtehungsgrund der Condiction, zu denken pflegen. Die Meynung geht alſo dahin, daß eine incerta *stipulatio* lange Zeit wirkungslos geweſen, und an ihrer Stelle nur eine Strafſtipulation auf Geld gebraucht worden ſey. Dabey wird überſehen, daß die incerti condictio auch ganz andere Entſtehungsgründe haben kann. Wenn Jemand, in der irrigen Vorausſetzung einer Schuld, baar zahlt, ſo hat er eine (indebiti) certi condictio; expromittirt er, anſtatt zu zahlen, ſo iſt ſeine Condiction incerti. Nun wird wohl Niemand annehmen, daß er in dieſem letzten Fall lange Zeit gar keine Klage gehabt hätte, blos weil es an einer paſſenden formula fehlte. Nimmt man aber für dieſen Fall eine von jeher geltende incerti condictio an, ſo iſt nicht einzuſehen, warum dieſelbe nicht auch für die incerta stipulatio von jeher gegolten haben ſollte.

Nachtrag

zu § 218.

In der angeführten Stelle iſt der Satz aufgeſtellt, daß der von Cicero durchgeführte umfaſſende Unterſchied der judicia und arbitria, welcher ſich bey den alten Juriſten in dem engeren Gegenſatz der condictiones (str. j. actiones) und b. f. actiones wiederholt, im Zuſammenhang ſtand mit der perſönlichen Verſchiedenheit der Richter, indem das judicium durch einen einzelnen judex aus dem Album, das arbitrium durch frey gewählte arbitri (einen oder mehrere) entſchieden wurde. Als Beweis dieſes Zuſammenhanges wird daſelbſt blos die Stelle aus Seneca de benef. III. 7 angeführt.

Nachdem der Druck dieſes Bandes ſchon vollendet war, bin ich von Rudorff auf eine Stelle der Zueignung zur Naturgeſchichte des Plinius aufmerkſam gemacht worden, die eine unverkennbare Beſtätigung jener Behauptung enthält.

Plinius widmet ſein Werk dem K. Titus, und führt weitläufig den Gedanken aus, daß dieſes Werk nicht des Kaiſers würdig ſey. „Hätte ich nun (ſagte er), dieſes

Buch blos herausgegeben, ſo brauchte ich dein Urtheil nicht zu ſcheuen; ich könnte ſagen, daſſelbe ſey unter deiner Würde, und nicht für dich geſchrieben. Dieſe Entſchuldigung entgeht mir dadurch, daß ich es dir zueigne." Er benutzt, als Ausdruck dieſes Gedankens, das durchgeführte Bild eines Rechtsſtreits. Die Bekanntmachung des Buchs behandelt er als eine angeſtellte Condiction. Darüber könne der Kaiſer nicht Richter ſeyn, erſtlich weil er geiſtig zu hoch ſtehe; das wird ſo ausgedrückt, er habe einen zu hohen Cenſus, um in dieſem Album der judices ſtehen zu können. Zweytens, weil Plinius ihn als Richter verwerfen könne. Dieſes Alles aber falle jetzt weg, weil er den Kaiſer nicht durch das Loos, ſondern durch eigene Wahl (die Zueignung) zum Richter erhalten habe; jetzt ſey das ganze Verhältniß nicht mehr einer Condiction, mit einem aus dem Album gelooſten judex, zu vergleichen, ſondern vielmehr einem Arbitrium, worin er ſelbſt den arbiter vorgeſchlagen habe. — Hier ſind die Worte, deren Sinn ich ſo eben dargeſtellt habe.

> Tum possem dicere, quid ista legis Imperator? Humili vulgo scripta sunt ... quid te judicem facis? Cum hanc operam *condicerem*, non eras *in hoc albo*. *Majorem* te sciebam, quam ut descensurum huc putarem. Praeterea est quaedam publica etiam eruditorum *rejectio*. .... Sed haec ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum refert, *sortiatur* aliquis judicem, an *eligat*.

In dieſer ſpitzfindig durchgeführten Anſpielung auf den Civilprozeß ſind augenſcheinlich folgende Sätze enthalten. Bey der Condiction wird der judex durch das Loos beſtimmt (sortiatur), er kann aber von jeder Partey verworfen werden (rejectio). Gelooſt wird übrigens nur aus denjenigen Perſonen, deren Namen im Album ſtehen, und damit verhält es ſich auf folgende Weiſe.

Seit Cäſar ſollten nur Senatoren und Ritter in das Album aufgenommen werden, welche unter Auguſt in Drey Decurien vertheilt waren. Dieſer ſetzte eine vierte Decurie hinzu, die Ducenarii, welche einen geringeren als den Rittercenſus hatten, und nur in geringen Sachen (de leviοribus summis) als judices dienen ſollten; Caligula fügte in gleicher Weiſe eine fünfte hinzu, wobey es dann blieb (a). Plinius nun will ſagen: mein Buch iſt eine ſo geringe Sache, daß zu ihrer Beurtheilung ein Mann wie der Kaiſer, der durch ſeinen Geiſt in den drey höheren Decurien der Richter ſteht, nicht berufen ſeyn kann; ſie gehört vielmehr vor die Richter der vierten oder fünften Decurien. Das drückt er ſo aus: Non eras in *hoc albo* (dein Name ſtand nicht in dem Album der vierten oder fünften Decurie, vor welche mein Buch gehört). *Majorem* te scie-

(a) Sueton. Julius 41. Octav. 32. Calig. 16: Gabba 14. Vgl. Puchta Curſus der Inſtitutionen B. 1 S. 270. 381. 382. — Wenn daher Seneka de benef. III. 7 ſagt: judex ex turba selectorum, quem census in album, et *equestris hereditas* misit, ſo meynt er damit die drey höheren Decurien, die ein mindeſtens rittermäßiges Vermögen haben mußten, und deren Mitglieder allein fähig waren, in größeren Rechtsſachen zu richten.

bam (Du gehörst zu den Richtern der vornehmsten Decurien, die nur über größere Sachen urtheilen).

Das Loos als Bestimmung der Richter, welches im Criminalprozeß sehr bekannt ist, wird im Civilprozeß seltner erwähnt; es war hier nur möglich bey denjenigen Klagen, deren Richter aus einer geschlossenen Zahl von Personen (dem Album) genommen wurden, also nur bey den Condictionen. Erwähnt aber wird dieses Loos der Civilrichter, außer unsrer Stelle, auch noch in einer übrigens dunklen Stelle des Simplicius bey Goesius p. 79: „solent quidem per imprudentiam mensores *arbitros* conscribere aut *sortiri judices* finium regundorum causa." Auch hier wird es beschränkt auf die, den arbitri entgegen gesetzten, judices im engeren Sinn, das heißt die im Album verzeichneten Richter.

Gedruckt bei den Gebr. Unger.

Druckfehler.

S. 90 Z. 12 statt: in rem actio lies: in personam actio.